

ヨハン・ブルネマン「糺問手続法論」(一六四八年)

——邦訳と若干の注解——(一)

上 口 裕

訳者はしがき

一 以下に訳出する Johann Brunemann, *Tractatus juridicus de inquisitionis processu*, 1648 年「カロリーナから今世紀(一九世紀)前半に至るドイツ普通法刑事手続の発展史は、ひとつはカルプツォフとブルネマンの名によって、ひとつは前世紀末及び今世紀初頭の諸立法によって代表させることのできる二章に分かたれる」と言われ、本書に先立つこと一三年のカルプツォフ「晩近ザクセン国刑事実務」(一六三五年)と並んで、ドイツ普通法時代の糺問手続を代表する著作である。特に、本書は、ドイツ諸ラントの中で最も整合的な形で糺問手続を発展させたといわれるブランデンブルク・プロイセン、とりわけブランデンブルクにおける糺問実務に強い影響を与えた点で、ドイツ糺問手続史上特別の地位を占める。

確かに、本書は、カルプツォフの「刑事実務」に依拠して書かれたものであり、糺問手続の理論書としてこれを超えるものではないが、約二五〇頁という比較的圧縮された形で——刑事手続を扱うカルプツォフの「刑事実務」第三

部は本書の同型本に組み直して、一〇〇〇頁を下らない——当時のブランデンブルク辺境伯領刑事手続におけるザインとゾレンについて概観を与えてくれるという長所を持っている。訳者が邦訳を思い立ったのは、ブランデンブルク・プロイセン刑事手続に対して与えた本書の影響という他に、このような事情があったからに他ならない。なお付け加えるならば、この邦訳は、紀問手続史に関心を持つ訳者のいわば研究ノートであり、テキストとのバランスを欠いているかもしれない量の、しかも——入手しえた資料に限られているために——精粗の一定しない注解を付したのはそのような理由による。この方面に関する研究が必ずしも十分といえない現状を考えると、このような研究ノートの邦訳も何らかの資料的意味を持ちうるのではないかと思われる。

二 訳は次のような要領によった。

(1) テキストには、*Tractatus juridicus de inquisitionis processu, iam tertia vice in lucem editus et plurimum auctus à Johanne Brunemann, Francofurti ad Viadrum, anno MDCLXVI.* ⁽⁸⁾を用いた。

増補第四版としては、誤記、誤植がかなり多い。たまたま前年の一六六五年ウィッテンベルクで出版されたカルプツォフの「刑事実務」の第五版にそれがほとんどないことに比べるとやや異様な感がある。著しい誤記、誤植のみを注において指摘した。

本書には、*Brunemann, Inquisitionprocess, 1717* という独訳版がある。ラテン語版にある献辞と序文を欠き、かつ、本文においても異なる部分がある。⁽⁸⁾煩瑣に耐えないので、ラテン語版と独訳版とのテキストの対照は行わない。独訳は、*„Inquisit“, „General-Inquisition“* 等のラテン語系の基本的用語に括弧付きの説明を加える他、補足的語句を全く加えることなく、アルカイックともいえるテキストをそのままドイツ語に置き換える直訳調で、難解なラテン語テキストには難解なドイツ語訳が対応しているという具合である。適宜参照したが、主として邦訳と一致しない場合に、気付いた範囲でその旨注記した。

(2) テキストにおいて法源として引用されているのは主としてローマ法、カノン法及びカルル五世刑事裁判令である。ローマ法及びカノン法については、当時の引用法は現代のものと異なるので、現代の引用法に改め、法文の内容を適宜注記した。その際テキストとして用いたのは、ローマ法については、本学図書館がラテン語版を所蔵しないので、

S. P. Scott, *The Civil Law including the Twelve Tables, the Institutes of Gaius, the Rules of Ulpian, the Opinions of Paulus, the Enactments of Justinian, and the Constitutions of Leo*, 1932, 17 vols.

の英訳版を用いた。従って、注における法文の「邦訳」は一種の要旨にすぎない。

カノン法については、

Corpus iuris canonici, editio Lipsiensis secunda, pars prior: Decretum magistri Gratiani, 1879; pars secunda: Decretalium collectiones, 1881

を用いた。

カロリーナについては、テキストに引用された法文の邦訳は、

堀浩「カルル五世刑事裁判令(カロリーナ)」神戸法学雑誌一八巻二号(一九六八年)

の訳業をそのまま引用させていただいた。ただし、堀訳において難解な部分もしくは他の訳が可能ではないかと思われる部分については、その下に「」括弧を挿入し、又は注において、引用者による別訳とその根拠を挙げた。テキストにはしばしばカロリーナの法文が引用されており、堀訳に大いに助けられたことを特記して、貴重な訳業に感謝申し上げたい。

(3) テキストに挙げられた文献には、当時の慣行として、出版年度は付されておらず、また書名も省略された形で示されるか、場合によっては書名さえ略され巻数等が挙げられているにすぎない。注には、刑事法関係の文献を中心

に、判明した限りで、フルタイトルと出版年を示した。

(4) 訳文はいわゆる逐語訳ではない。これは、逐語訳という方法が原則的により適切な訳を担保する方法であるのか、近代語について必ずしも逐語訳ということが強調されないのに何故古典語等については逐語訳でなければならぬのかといった疑問を訳者が日頃抱いているからだけではなく、このテキストが、法文等のようにそれ自体解釈の対象となる性質のものではないという理由にもよる。なお、訳文中の「」括弧は、文意を明瞭するために訳者が挿入した補足である。

三 本書は目次を有しないが、次のように構成されている。

△ 献辞 △

△ 序文 △

第一章 糺問の定義

第二章 糺問の区分

第三章 糺問の主体

第四章 糺問の端緒

第五章 糺問の対象となる犯罪

第六章 糺問の対象となる者

第七章 一般糺問

第八章 特別糺問の形式

第一節 被告人尋問と関連事項

第二節 犯罪の証明と被糺問者の有罪の立証

第三節 被告人の防禦

第四節 法有識者団への一件記録送付

第五節 拷問とその執行

第六節 不在者に対する手続

第九章 各犯罪に対する刑罰

第一〇章 有責判決の執行

第十一章 糺問に対する異議

△付録―刑事糺問条令案▽

卷末に付録とされている「刑事糺問条令案」*Formula aliqua ordinationis criminalis inquisitoriae sine praejudicio* は、初版にはなかったと言⁽⁹⁾う。一二章から成るわずか一八頁のこの「条令案」は、ブルネマンの言うところによれば、未だ糺問条令をもたない地方、都市が立法を行う際のモデルとして、また、糺問実務に携る人々のための指針として、収録されたものである。ブルネマンはこの「条令案」が法令として採用されることを当然期待していたと思われるが、この「条令案」の独語訳が勅令によってポメルン地方に法令として公布されたのは、約半世紀後の一七〇六年であつた。⁽¹⁰⁾

注

- (1) J. Glaser, Handbuch des deutschen Strafprozesses, Bd. 1, 1883, S. 92.
- (2) Vgl. F. A. Biener, Beiträge zur Geschichte des Inquisitionsprozesses, 1827, S. 118; F. Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl., 1965, § 165.

- (3) Schmidt, aaO, § 196.
- (4) Biener, aaO, S. 176.
- (5) Biener, aaO, S. 176.
- (6) ちろん、こころでも利用させていたんだいた端教授によるカロリーナの邦訳、米山耕二「カロリーナの刑事手続―近代刑事司法の礎」一橋大学法学研究九（一九七五年）をはじめとする諸研究を忘れてはいるわけではない。
- (7) フルネマンの人と著作については、Stintzing-Landsberg, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, 2. Abt., 1884, S. 101ff.
- (8) Vgl. Biener, aaO, S. 176.
- (9) Biener, aaO, S. 175.
- (10) Biener, aaO, S. 175f.; Stintzing-Landsberg, aaO, S. 106.

〈献辞〉

英明かつ強大なるランデスヘルにして封主なる、ブランデンブルグ辺境伯、選定侯、

フリートリヒ・ウイルヘルム殿下への第一版の献辞

英明かつ強大なる選定侯にして慈悲深き封主であられる殿下、イタリア、イスパニア、フランス、その他の国々における習俗の頽廃を歎じたイタリアの人マキアヴェッリ (lib. 1. disput. cap. 56) が、ドイツにはかのローマの習俗の健全と敬虔とがなお残されていると述べたことは、ドイツ人にとって大いなる名誉であるとされております。私は、ドイツ人に関するマキアヴェッリの証言が永遠に正しからんことを、我々の状態が一層改善されんことを、そして我々が異国人の「悪しき習俗の」餌食とならざらんことを願うものであります。しかし、遺憾ながら我々は既に久しくかかる名誉を失っております。既に、異国の言語、衣服、立居振舞とともに、異国の習俗、悪徳、犯罪までが持ち

込まれ、敬虔さが多くの人々によってかなぐり捨てられております。かかる罪を、殺戮的なかの戦争とそれに伴った数多の厄災によって、我々は贖わなければなりませんでした(願わくば、それが浄化であったことを)。それは神を畏れざる振舞に対して相応しい罰でありました。かかる習俗の頹廢の原因を尋ねますならば、紀律の輕視(neglectus disciplinae)ほど相応しい原因がないことを知るのであります。

人体中の体液(humores)の調和は完全ではありません、日々具合の悪い体液が見い出されるのであります。これは一定の場合には薬によって癒すことができるわけであります。それと同様に、国家の中にも、治癒を要するものが日々見い出され、その治療は紀律によって行われるのであります。すべての事情を点検いたしますならば、紀律は失われ、恣に罪を重ねる忌むべき放縱がそれに代っていると、認めざるをえません。

教会においても、かつての教会の紀律はその痕跡をとどめておらず、ために、我々は、教義の正しさにおいて彼ら(旧教徒)に優れているのと同じ程度に、紀律の輕視の故に異端者どもに後れをとっているのであります。その結果、教義の改革によって取り戻したものを、我々は敬虔ならざる生活によってほぼそのまま失ってしまっておりま。教会及び教会人に、教会の決定により非行を処罰する権威と権限を返還することによって、かかる誤ちを取り除かざる限り、教会と国家における永遠の平和は望むべくもないと思料いたします。恣に罪を犯す放縱がとりわけ学校及び大学において甚しいことは何人も知るところであり、ために私は、ラント諸侯が全力を挙げてかの野蠻かつ恐るべき放縱を大学から駆逐すべく決意されざる限り、大学は遂には破滅するものと確信いたしております。同時に習俗の頹廢によって身を汚すならば、学を修めることが一体何のためになるのでしょうか。更に、国家には、それなくしては市民社会(civilis societas)が存続することのできないなんらかの紀律が存在しております。確かに、現に犯罪に対して紀問が行われ、裁判に付された者が相応しい刑罰を科され、あるいはその他の相応しい贖罪が行われていることを知らないわけではありません。しかし、これが様々の形で妨げられていることもまた否定することができませ

ん。即ち、ある種の犯罪については、糾問の行われることは稀であります。例を挙げますならば、瀆神、教会財産侵害、偽誓、安息日違反、両親に対する不法侵害、決闘、淫行勧誘、暴利行為等々について糾問が行われることは稀であります。重罪、例えば嬰兒殺、毒殺等々でさえしばしば処罰されることなく放置される虞れがあります。他方、多くの犯罪について官憲は糾問を行っているのですが、それについては、今日、量刑に際して身分が考慮され、身分高き者は緩かに処罰され、あるいは、罰せられることなく放免され、かつ身分の高さの故に免責される一方で、身分低き余の者には厳格な法律がそのまま行われている、という虞れがあるのであります。これは、ユベナリウスの諷刺にある通りであります。

Dat veniam corvis, vexat censura columbas.

〔烏に仏、鳩には鬼の監察官〕

このようなことが今なお行われているのでしょうか。私は確信をもって断定はいたしません。しかし、いかなる犯罪に対しても奨励と報酬が与えられることがあつてはならず、それぞれ善行には報酬が、同じく非行には刑罰が与えられるべきであると思料いたします。これが混同されるならば、国家に功績のあつた者は容易に大胆不遜な行爲に出ることになるからであります。マンリウス・カピトリヌスが、ジュピター神殿の守護に功績があつたにもかかわらず、罪を犯したためにカピトル丘から谷底へ突き落されたのはそのためでありました。また、私に間違いがなければ、これは、高貴の人々に刑罰が科されるべきことを判決した、ポーランドのかの大書記官にして、和戦いずれにおいても卓越せる手腕を示したヨハン・サモスキウスの意図でもありました。高貴の (*illustrius*) 人であれば、その罪はそれだけ一層顕著 (*illustrior*) となり、他の者を思いとどまらせるために、罰はそれだけ一層顕著なものになる、と Thuan. 1.73 は述べております。また、教皇ニコラウスは、*can. 3. caus. 11. q. 3* ⁽¹⁾において、高位聖職者は人民に対して一層悪質な罪を働いており、グレゴリウスが述べたように、その罪について他の者よりも厳しく罰せられている、としてお

ります。

罪に対する刑罰を受けるに際して高貴の身分を楯に取ることをしなかった例はないわけではありません。昔日の例は措き、「メディチ家の」エトルリア太公コスムスの相応しい最近(「一五六二年」)の例を物語ることによってこれを調べてみることにいたします。コスムスの子弟の中に二人の息子があり、弟ガルシアスは、一六才になるかならぬかで既に枢機卿となっていた兄ヨハンに対し、子供じみた嫉妬心から長い間激しい憎みを育み、「その生命を」狙っておりましたが、友と離れて一対一で田舎道で出会うことがあり、格闘の末短剣で刺殺するに至りました。屍がいばらの茂みの中に発見され、異変が父コスムスに伝えられると、何があつたのかに思い当つたコスムスは、深夜屍を町に運び込み、邸の奥まった部屋に安置することを命じました。周囲の者を下からせて部屋に赴き、ガルシアス呼び寄せて兄のことを質しました。犯行を否認するや、ガルシアスに屍に近づくことを命じ、屍の衣服を取り去ると、間もなく犯人の前で血が吹き出し、コスムスは言いました。「見よ、神と私とに復讐を求める汝の兄の血を。かかる息子どもを産み、剩へ死に後れる我が身の不運。一人は、恐るべき兄殺しに倒れ、「その屍を」今ここで目の前に見なければならぬ。一人は、臣民に対して敬虔、公正なる法の執行者たらんとすれば、神を畏れる心の命ずるままに、除かなければならぬ。父にとつて子を殺すことは罪である。しかし、兄殺しによつて、父を苦惱させ、家門を流血と剣によって破滅させた者を永らえさせては、一層大きな罪を犯すことになる。」すると、ガルシアスは犯行を認めましたが、争いの原因はヨハンが作つたのであり、兄を殺さなければ自分が殺されたのだ、と言い張りました。ヨハンの温和な性格を知っているコスムスは、ガルシアスが兄を殺すのに用いた、そして許しを乞うガルシアスがなお身に帯びていた短剣を、跪くガルシアスから奪い、抜き払って、言つたのであります。「厄病をこれ以上広がらせないために、厄病を我が臍腑から裂き取ることを、只今、判決した。最愛の息子の死を、世の習いに背いてもう一人の息子の死によつてしか、贖うことができない。しかし、深慮と公正に反するよりは、後世によつて呪うべき酷薄な父と呼ばれること

を選ぶ。汝に相応しくない生命を、それを汝に与えた父の手によって奪われることを喜べ。」このように言うとき、神がこの行為を許されんことを、神が罪を犯した息子に恵みを給わらんことを祈り、ヨハンの屍の傍でガルシアスを、兄を殺すのに用いたその短剣で殺したのであります。この不幸な出来事を騒ぎを起すことなく葬り去るために、この英君は、二人の息子は流り病で次々に死亡したという噂を流した、と Jac. Aug. Thuanus lib. 32. histor. は伝えています。

同様に、大グレゴリウスも次のような言葉で司教達を戒めております。即ち、「更に私は、あなた方の誰かが何びとかによる恩顧、寵愛、追従によつて懷柔され、私の許に報告されたことを隠蔽し、あるいは真実を枉げたりすることなく、あなた方は司祭に相応しく、神のために真実を発見する用意がなければならないことに注意を喚起しておく」(can. sicut inquit 46. caus. 2. q. 7⁶³)。

しかしながら、経験という教師は、糾問制度の下で非常にしばしば様々の誤りが犯されていることを教えております。その原因は、経験のない者に職務を行わせる裁判権者が処罰されるべきことを定めるカルル五世皇帝の刑事裁判令第一条に反して、最も貴族的なものである真正罰令権が今日法律の知識の全くない庶民によつて行われることも稀ではないという点にあると思料いたします。まさにそれがために、前掲裁判令二一八条において皇帝陛下が厳しく禁止かつ廃止する、種々の不合理極まる慣習が行われるようになったのであります。また、死刑事件よりも、取るに足らない事件についてしばしばより周到な裁判がなされるということも、否定することは困難であります。

かかる由々しき事態に対して、とりわけ我が国のため私に出来る範囲で対処すべく、この夏学期大学及び学部業務の間の寸暇に作成した、糾問に関するこの小論稿を公けにいたしたいと考えております。更に、冗長さのために読者が投げ出してしまわないよう出来るだけ簡潔に努めた本綱要は読めば容易に理解しうることを、そして、ここで述べられた事を機会があれば実行に移されるよう、ただし、被告人尋問に関して述べられた事については、被告人の性質

によって区別すること、愚直な者を混乱させ、あるいは術策による尋問によって畏にかけないことなどの節制をするよう、すべての裁判官、書記及び刑事裁判に関与するその他の人々の注意を喚起したいと思ひます。なぜなら、愚直な者は、狡猾で、すべてを否認し、真実を蔽して虚偽を捏造する者に対する尋問方法と同じ方法で尋問されるべきではないからであります。それ故、裁判官には賢明さ、剷隠の情、そして適度の厳しさがなければならぬわけであります。言わば、油にはブドウ酒が、寛大さには厳格さが加えられなければなりません。グレゴリウスが教会裁判官に命じているように、裁判官には愛があれ、しかし優柔であつてはならない、厳格さがあれ、しかし挑戦的であつてはならない、熱き心があれ、しかし、激してはならない、神を畏れよ、しかし、必要以上に許してはならない (can. Disciplina 9, dist. 45)⁽⁴⁾ のであります。

英明なる殿下に私のこの著作を献呈するについては多くの理由があります。何よりも、私は国父にして私の慈悲深き主君たる英明なる殿下によって教授の一員に加えられたものであり、これを感謝の心をもつて想起し、英明なる殿下に対する感謝の心を、(民衆の歡呼の中を凱戦中であられる国父なる殿下に直々に申し上げることができませんで) 公けにしなければ、忘恩の譏りを受けるであろうことを虞れるからであります。更に、これが貧しい著作であるとしても、その主題において、神によって人民に対する権力を、正義の維持と罪の懲罰のための剣を与えられ、そして、その加護の下に雷鳴のごとき戦争の呪詛の下にあるにもかかわらずこれまでの数年間我々が十分な平和を享受することのできたランデスヘルにとってまことに相応しいものだからであります。神がその大いなる力によりて、この平和を永遠たらしめ、戦争の糸を短かくされ、光輝ある平和を堅固なる鎖によって繋ぎ留められんことを、いたるところに繁栄が見られるように、弛緩せる教会、大学、国家の紀律を回復する知恵を与えられんことを、

それ故、殿下が殿下の忠良な僕によるささやかな献呈をご嘉納され、また私に選定侯殿下のご寵愛を拒まれざるよう、お願い申し上げる次第であります。キリスト生誕後一六四七年一月五日、フランクフルトにてこれを記す。

英明なる殿下へ

忠良なる僕 ヨハン・ブルネマン (博士)

注

- (1) Precipue C. II q. 3. c. 3. (引用法等については一章注(5)参照) テキストと同じ文言が見えるが、テキストで引用されていないグレゴリウスの言葉は、「高位聖職者は、彼らが罪を犯すならば、その領民に罰の恐ろしさを示すために、死をもって罰せられるに値することを知るべきである。」
- (2) テキストは „acine cominus transferberaverat” である。動詞部分には誤植があると考えられ、正しい語形を復元できないので、前後から「殺す・刺殺する」を意味する動詞があるものとして訳した。
- (3) Sicut inquit C. 2 q. 7. c. 46.
- (4) Disciplina D. 45. c. 9.

〈序言〉

親愛なる読者へ挨拶を！

紀問刑事手続に関する著作を公けにする私の意図が奈辺にあるかは、本書のはじめに明らかにした通りである。即ち、私は刑事事件を扱う者の著しい無知と怠慢を知った。このような状態は、法学者の著作から若干の規則を選び出してこのような綱要を編むことを必要ならしめるものであり、私はこれを刑事裁判に専心すべき裁判官と書記のために行ったのである。高々金銭の問題でしかない民事手続については、すべてのラントにおいて、多数かつ冗長な規則が見い出されるのに対し、人間の生命と名誉にかかわる事件について規則があるのは稀であることについて、私は常々驚きを感じていた。確かにあるラントには紀問手続に関する法令を見い出すことができるが、簡潔なものであって、裁判官がそれから十分な知識を得ることはできない。ために、事件が難しいものになればなる程、事件は娯楽と

して甚だ浅薄な取り扱いを受けるのが通例である。

その後「糾問手続法論」の出版後、平和が回復された時点でのような方法によって裁判手続を改革し、短縮することができるといふ問題がドイツ各地に起り、我が国においてもこの点について検討が行われた。私もこの緊急の仕事に助力を求められたので、民事手続に関する論稿を公刊し、その中で、訴訟短縮のための方策を一六五四年の帝国最終決議その他から採録しておいた。そして、いずれの小著も読者に受け容れられたため、法学生からの需要がしばしばあったにもかかわらず、入手が全く不可能になっていた。刑事手続論が三度、民事手続論が二度、版を改めることになったのはそのためである。糾問刑事手続論については、特に二点を付け加えた。即ち、裁判官はすべての犯罪について糾問を行いうるか否かという、確かな法令、法範によつて決着を見ていない問題について、多くの箇所を検討を加えた。というのは、契約において故意になされた偽誓について、裁判官はそれを職権によつて処罰できるか否かが争われており、また、若干の犯罪についてはその点に疑問がないのかかわらず、裁判官の職務がこれらの犯罪に対して行われることが稀だからである。私は、公衆の憤激を惹き起し (*scandalous*) かつ悪しき手本となる、いかなる故意犯も裁判官は処罰すべきであると考える。

ユスティニアヌス帝の法 (*Leges Justinianae*) 及び帝国最終決議は、様々の犯罪を、重罪のみならず、軽罪及び特別罪をも含めて禁止した。従つて、これらの軽罪及び特別罪は禁止されており、禁止に反して行われるならば処罰されるべきものとして扱われている。「これらの犯罪の」処罰に際しては法学者の学説に基づいて特別刑が科されるべきものとされているため、明示的に刑罰は定められていない。しかし、「これらの犯罪に対して」弾劾も糾問も行われなうとしたならば、処罰はいかにして行われるのであろうか。軽罪であつてもこれを処罰しなければ、次第に紀律と国家全体とが破壊されることになる。私はある將軍が次のような注目すべき経験語つたことを記憶している。即ち、大学内での犯罪は重罪のみが処罰され、軽罪が不問に付されるという大学管理のあり方は全く彼の氣に入らない、彼

は、最も軽い犯罪についてすら相当の刑罰を軍人に科すという「大学におけるのと」異なる統制方法を取っており、この結果、最も軽い犯罪ですら処罰されるということを知っている彼の部下は敢えて重罪を犯すことがない、と言うのである。確かにそうであって、人は急に悪をなすようになるのではなく、軽い罪は重い罪への言わば梯子であり、また、原因が結果の中に流入するように、軽い罪はしばしば重い罪の中に含まれているのである。従って、一言で言うならば、この新版の意図は、裁判官は糾問を行うに際して重罪と軽罪の区別をすべきでないことを示すことにあったのである。

次に、大体今日になって考えだされた、正規刑に関する多数の制限、例外を、特に、神の法によれば死刑によって贖われるべき（神は、死刑が行われなければ大地は汚されるとはつきり言われている）二つの犯罪、即ち、殺人と姦通について検討した。「これらの罪に対する刑罰の例外は甚だ多く」例外の数を挙げようとするならば、原則が適用される場合よりも多くなるほどである。酩酊、不法侵害、正当な憤怒、不快な振舞い、あるいは、屍を切り刻まなかったことなどの事情を主張することによって正規刑を免れることのできない殺人犯はどれだけのいるであろうか。殺人犯（強盗殺人犯を除く）一〇人中、死刑に値する者はひとりもないことになる。これは神の御心に沿うことであろうか。これで禍に終止符が打たれることを期待しているのであろうか。私よりも適当な人々がこの問題を十分に論じようとする時のために、ただこの点を指摘しておくかと思つたのである。確かに、殺人犯をして死刑を免れせしめることは、敬虔の要求するところではないだけではなく、多数者にとっては新しい形での最大の無慈悲であり、国家にとつてはいわば反逆である。なぜなら、正義が行われ、しかして信仰と国家と良心とが保たれるからである。一言で言うならば、各人に彼に相応しきものを配分する正義、即ちあらゆる共同体の最高の真の利益と福祉の最良状態、これが蔑ろにされるならば、国家は死滅せざるをえず、また、これが栄えるならば、国家は隆盛するのである。これは聖俗の歴史が示すところである。読者は本稿において述べられたことをすべて善意に解されんことを、私は誰の名誉

も傷つけるつもりはなかったのであつて、法に関する知識と良心とが命ずると思われたことのみを、平静な心で、私の信ずるところに従つて、決して誰かを傷つける意図を持たずに、論じようとしたのであるから。

第一章 糺問の定義

摘要

- 一、刑事事件における手続の種類はいくつか(1)
- 二、糺問とは何か(2)
- 三、糺問は神の法によれば適法か(3、4)
- 四、カノン法によればどうか(5)
- 五、ローマ法によればどうか(6、7)
- 六、現代のドイツ・ローマ帝国法によればどうか(8)
- 七、慣習法によればどうか(9)
- 八、裁判官は糺問を行うべきか(10、11、12、13、14)
- 九、糺問は弾劾と競合しうるか(15、16、17、18)
- 一〇、糺問を行おうとする裁判官は、弾劾する意思の有無について、被害者又はその親族を尋問すべきか(19)
- 一一、糺問開始後、弾劾はもはや許されないか(20)
- 一二、弾劾による正規手続が糺問手続に変化することがあるか(21)

1 刑事事件における手続には二つの種類がある。一つは弾劾(acusatio)によるもの、他は糺問(inquisitio)に

するものである *Clarus, lib. 5. sentent. §. fin. quaest. 3. num. 1.*⁽¹⁾

2 ところで、糺問とは、裁判官の職務及び権限に基づく、裁判官による犯罪証拠の収集 (informatio) である (代
表例として *Farinacius lib. 1. tit. 1. quaest. 1. num. 3.*)⁽²⁾ 又 *Carpoz. part. 3. Pract. Cimin. quaest. 107. num. 5*⁽³⁾
によれば、職権に基づき手続を行う裁判官による適法な犯罪証拠の収集である。

3 ここで直ちに問題となるのは、糺問手続は法律的に許されているか否かである。糺問手続それ自体あらゆる法
において許されているだけでなく、命じられ、かつ官憲 (magistratus) の義務とされていることは、まずはじめに神
の法に基づいて証明される。「汝の邑の一に、〔邪僻なる人々興り我らは今まで讒ちざりし他の神々に往て事えんと言てその邑
に住む人々を誘い惑わしたりと〕言あらば、汝これを尋ね探りよく問うべし。もしその事真にその言葉確かにして斯る憎
むべきこと汝の中で行われたらば……一切の者を……尽く撃ち殺すべし」(申命記二三・一二)、「その事を汝に告
る者ありて汝これを聞き細かに調べ見るに、その事真にその言葉確かにして〔イスラエルの中に斯る憎むべき事〕行われ
居たらば」(申命記一七・四)。

4 これらの言葉によって、人民、特に官憲は背教 (apostasia) のみならず、あらゆる罪に対して糺問することを
命ぜられている。アカンが犯した聖物窃盗の罪に対して、このことを身をもって示したのが、イスラエル人の軍の長
ヨシユアである。この糺問手続は、手続方法の点で特異なものであるが、ヨシユア記七章に記されている。即ち、モ
ーゼの律法は様々の種類の罪と罰とを定めるが、官憲は弾劾人 (accusator) の申立に基づいて犯罪を審問すべきであ
って、一般の風評 (fama) に基づいて審問してはならない、とはされてはいない。

5 カノン法上糺問が許されることは、*c. si audieris 32. C. 23. q. 5. cap. evidentia. 9. c. qualiter 17. c. cum op-
porteat. 19. c. inquisitionis 21. c. qualiter 24. X. de accusat. et inquisit.*⁽⁴⁾ から証明される。

6 ローマ法上糺問が許されるだけでなく、むしろラント諸侯に命ぜられておこなうことだ、*l. congruit 13. ff.*

de offic. praesidis⁽⁷⁾ から明らかである。これによれば、ランデスヘルは悪事を働く者を国家から除去し、教会窃盜、強盜殺人、人身掠奪、窃盜などを探索することを命ぜられている。(L. I. C. de Custod. reorum. l. 7. C. de Accus. 同旨)⁽⁸⁾。

7 しかるに、l. 6. §. 2. ff. de muneribus et hon.⁽⁹⁾ は、弾劾されていない者は公職を禁ぜられるべきでないと言う。この法文の趣旨は、既に刑事弾劾を受けているのでなければ、何人も公職から追われるべきではないという点にある。即ち、それが直ちに証明されるのであれば、何人もたんなる噂を理由として公職を追われるべきでない。例えば、まだ被告人になっておらず、犯行が直ちに証明できないのであれば、大学の学長に選任されることも可能である。しかし、これは糺問は行われないということを意味しない。糺問は弾劾に代わるものであり、また、上記法文は当時しばしば生じた事例に関するものだからである。従って、被弾劾者にせよ被糺問者にせよ、直ちに有罪が証明されないのであれば、公職を禁ぜられないことになる。

8 今日糺問が許されることは、ゲルマン法によれば疑う余地がない (art. 8. 214. 219. et passim in Constitut. Criminali Carli quinti)

9 慣習上もそれは全く争う余地がなく、ローマ法上特別手段 (remedium extraordinarium) とされる糺問手続⁽¹²⁾ は、慣習上、弾劾手続と同様に正規の手段 (remedium ordinarium) となっている (Pet. Heig. part. 1. q. 39. n. 8 及び多数の論者を挙げる Clar. dict. §. ult. q. 3. n. 6. Sig. Scacc. lib. 1. de judic. cap. 85. II. in fin.)。むしろ、弾劾よりも糺問の方が推奨に値する。弾劾は市民の間に消し難い憎悪をもたらしからである。ヴェネティア人の許で、弾劾の任務は、私怨によってではなく法律の定めるところに従ってこれを行う官憲にすべて委ねられるべきものとされたことは蓋し当然であつた (Contareus de Rep. Veneta. lib. 3. これを称讃するの 75 Ant. Matth. lib. 48. tit. 20. c. 2. n. 1. 参照 Gundelinus de Jure Noviss. lib. 5. c. 14. n. 19)⁽¹³⁾。

10 告発 (denunciatio) 又はその他の形で糾問の機会が与えられた場合、裁判官は糾問手続を行う義務をもち、負うのであって、これを懈怠する時は、訴訟を自己のものとする (item suam facere) ことになる (Clar. § fin. q. 4. n. 2. in fin. et Sig. Scaccia. lib. 1. de judic. caus. civil. crim. et heretic. cap. 64. n. 10. Foller. pract. crim. part. 1. num. 7.)⁽¹⁹⁾

11 糾問を懈怠する裁判官は、自己の職務について査問手続 (sindicatus) を受けなければならぬ⁽¹⁹⁾ (Paris de Puteo de Syndicatu, in verbo, Negligentia, cap. 1. n. 8. et 9. Pet. Heig. de q. 39. n. 14.)。また、懈怠に対する神の復讐と刑罰を免れないであろう。狼が羊たちを食ってしまった場合 (悪人が手本を示して善人を堕落させた場合)、羊飼いがそれを知らなかったと言っても、羊飼いはそれで赦される訳ではないからである (c. quamvis X. de Reg. jur.)。

12 ところで、下級裁判官が公然たる噂のある公的犯罪を糾問しなかった場合、通例、正義を行わなかった廉で裁判官自身に対してフィスカルが手続を行うことは、経験が示しており、⁽¹⁸⁾そしてそれは正当である。なぜなら、公的犯罪 (delictum publicum) によつて、国家の平穩と市民社会の調和が害され、その処罰が公的秩序の維持のために要求されているからである (l. locatio 9. §. quod illicite 5. ff. de publicanis. l. ita vulneratus 51. §. fin. ff. ad Leg. Aquil.)⁽¹⁸⁾。

13 犯罪を処罰しない官憲は、犯罪者と通謀し、あるいは、あたかも共謀者のように犯罪者の言動を是認するものだと言われる (l. 2. C. de Commenc. l. fin. C. ne Sanct. Bapt. iteretur)⁽²¹⁾。裁判官は犯罪人に免除した刑罰に自ら服するつもりがないのであれば、彼の許に係属する事件に軽い刑を科し、あるいは全く処罰しないことは許されない、と皇帝は命じている。⁽²²⁾殺人者、教会窃盗及び類似の犯罪人を処罰することは無益な流血ではなく、法律の執行だからである (can. Homicidas C. 23. quæst. 5.)⁽²³⁾。また、犯罪の糾問に敢えて不熱心あるいは怠慢である者は、神の許ではその犯罪の共犯とされ、共犯としての心情の故に犯罪を厳しく糾問しなかったとされることを知るべきである (can.

sicut inquit 46. C. 2. quæst. 7⁽²⁴⁾。

14 それ故、ブランデンブルク選定侯殿下とポメルン侯、メクレンブルク侯殿下は、一六一七年一月二二日付協約において特に次の点で合意された。即ち、「更に、上記選定侯国および侯国において臣下たる官憲として裁判権を有するすべての者は、執行のために相手方による「犯人の」探索が必要となることがないよう、有責判決を受けた者に對する速やかな刑の執行に遺漏なきよう努めるものとする。」

15 ここで問題となるのは、一旦弾劾によって手續が開始された後、弾劾人が手續を追行しない場合、裁判官が職権で糺問を行い、犯人に不利益な証人を提出し、そして犯罪事実を糺明することができるよう、糺問手續を並行して行うことができるか否か、である。Clar. §. fin. quæst. 3. n. 7 はこれを肯定する。Sig. Scaccia d. lib. 1. cap. 85.

n. 10 は慣習に基づいてこれを弁護する。Nicol. Reussn. lib. 1. decis. 25. n. 13 はイエナ大学法学部の法律鑑定を援用してこれを是認し、弾劾人は理由のある訴訟を放棄すべきではなく、法に反すれば同害報復刑を科されよう、国家(tiscus)⁽²⁵⁾は「訴追者と被告人の間に」取引(collusio)が行われないよう配慮すべきである、と注意を促している。なぜなら、悪が取り除かれることは国家にとって重要であり、また、弾劾人は訴状中の救済文言(clausula salutaris)⁽²⁶⁾によってそれ「悪が取り除かれること」を申立てたのであって、「弾劾人が弾劾手續を放棄するならば、国家が改めて糺問手續を行わなければならないという意味で」一つの裁判で済ませうことが無意味に二つの裁判に分割されることになるからである(参照 Oldenkop. decas. 1. q. 2⁽²⁷⁾)。また、被告人が——疑問が残る場合に推定される——証拠不十分によって放免された場合であって、より明白な証拠が後に発見された時は、新たに糺問手續によって有責判決(condemnare)をすることがである(Clar. §. fin. q. 57. n. 3. Farin. q. 4. n. 28)。

16 なぜなら、これが許されなければ、正当な理由があるにもかかわらず弾劾人が敗訴することがしばしば起ることとは確実であり、この点を、民事事件では考慮する必要がないとしても、刑事事件では考慮する必要があるからであ

る。刑事事件においては、〔弾劾に失敗する〕弾劾人のもつともな悲嘆と彼が負担すべき危険、及び公共の利益がかかる考慮を要求するように思われる。

17 カルプツォフはこれに反対のようであるが (Pract. Crimin. q. 107. n. 38)、争点決定がなされ訴訟が開始された後に弾劾人が訴訟を放棄した場合、裁判官が弾劾人に代って正規手続を継続すべきことは認めている (Id. 53)。

18 しかし、裁判官が弾劾に理由があると考える事件において、弾劾人が弾劾を維持しようとするにもかかわらず、それに失敗する可能性がある場合はどうすべきか。上述の理由及び学説から、この場合裁判官は弾劾人の存在にもかかわらず職権により真相を解明すべきものと考ええる。

19 この点は全く争いがなく、従って、裁判官は、被害者又はその親族を召喚して、弾劾する意思の有無を尋問する必要がある (Clar. d. q. 3. n. 8. Scacc. d. c. 85. n. 11. 後者はこれが法であるというべきであるのに、法によってではなく、専ら慣習によってこれを弁護する。Carpz. q. 107. n. 38 in princ. 更に、一六四四年三月我が法学部はBの参事会に対して同旨の法律鑑定を行ったと記憶する)。

20 従って、糺問が一旦開始された場合、弾劾人が現われても糺問を妨げず、むしろ、糺問が弾劾を不可能にするのである (Nicol. Reusn. dict. decis. 25. n. 31. et Carpz. q. 107. n. 53)。今日糺問は弾劾に劣らず正規の手段となっているからである。そして、弾劾手続よりも糺問手続の方がはるかに頻繁に用いられていることは経験の示す通りである。

21 最後に、承認された諸学者の見解によれば、被告人に拷問が科される時は、弾劾手続は糺問手続に移行する、という点に注意すべきである (Carpz. q. 107. n. 58 は裁判例によってこれを確認する。数年前我が学部はGの参事会に対して同旨の法律鑑定を行ったと記憶する。これについては後に検討する)。

註

- (1) Julius Clarus, *Sententiarum receptarum liber quintus*, §. finalis, quaestio 3, numerus 1. *Sententiae receptae* の第五卷の第一版の出版年として註釋家等は E. v. Moeller, Julius Clarus aus Alessandria, der *Kriminalist* des 16. Jahrhunderts, der *Rat Philippus II.* 1525-1575, 1911, S. 92 によれば一五六八年である。「犯罪にせむ」という標題を有する本巻は二二の節に分れ、第一節は總説であり、第二節以後二一節までは各犯罪類型をメソッド順に扱う。第二二節、即ち最終節は „*praxis criminalis*” という見出しを有し一〇〇の設問から成つてゐる。Vgl. Moeller, aao, S. 226; F. A. Biener, *Beiträge zu der Geschichte des Inquisitionsprozesses*, 1927, S. 112.

- (2) Prosper Farinacius, *Operum criminalium Pars Prima, Variarum quaestionum et communium opinionum criminalium liber primus tit. I* を指す。Biener, aao, S. 117. 本書が書き上げられたのは一五八一年であると述べるので、出版年を挙げてゐない。また K. A. Hall, *die Lehre vom Corpus Delicti*, 1933. の文献一覧も、本書第一版の出版年を挙げてゐないだけでなく、ハルの利用した第四版についても「出版年表示なし」と注記をするのみである。

- (3) Benedict Carpov, *Practicae novae imperialis Saxonicae rerum criminalium Pars III* を指す。第一版は一六三五年。第三部が刑事手続を扱い、第一〇一問から第一五〇問までの五〇問から成る。

- (4) 籤によつて、真犯人であるアカンが、イスラエルの民の中から選び出されたことを指すものと思われる。

- (5) Si audieris C. 23. q. 5 c. 32. (Ochoa-Dietz, *Indices canonum, titulorum et capitulorum Corporis Iuris Canonici*, 1964 の指示する引用法による。以下同じ) 即ち、グラティアヌス教令集第二部第二三項第五設問第三二カノン。申命記二三・一二以下を引き、異神を祭る者を札問し滅すべしというエホバの掟が、キリスト以前において守られたのであれば、キリスト以後においては一層守られなければならないとする。

- (6) X. 5. 1. 9, 17, 19, 21, 24. 即ち、グレゴリウス九世教令集第五卷第一編第九章以下。本編の標題は「訴追、札問及び告発」。ここに引かれた各章は、一・二を除けば、少くとも五〇〇語を下らない長大なものであるが、本文に関連する箇所として次のようなものを拾ひ出すことができる。

「罪が犯されたことが明白なる時は、弾劾人の訴え (clamor) を必要としなす」(X. 5. 1. 9)。

「領民のみならず、高位聖職者もまた罪を犯し、その罪が彼らの上に立つ聖職者の耳に、一般の非難の声、風評として、悪意ある他人を誣める人々ではなく、思慮深い公正な人々を通して、一度ではなくしばしば、達した時は、「犯行を」非難の声が指し示し、風評が明らかにしているものであるから、被告人の地位の要求するところに応じて、上級者たる聖職者たちの許で真実が解明されなければならない。教会裁判所 (*canonica districtio*) は罪を犯した者を除くべきであるが、弾劾人と裁判官は同一人であってはならない。しかし、いわば、風評が「犯人を」訴追し、非難の声が「犯人を」告発しているのであるから、弾劾人の責務は果されていることになる」(X. 5. 1. 17)。

B. Carpov, *Practica nova imperialis Saxonica rerum criminalium*, ed. quinta, 1665, q. 103, n. 35 は、糾問手続の根拠を論ずる中で、「何人も〔自己を〕弾劾する者なくして有責判決を受けないということをも認めるとしても、風評は弾劾に代わるものであるから、決して糾問手続に弾劾人が欠けているわけではない」としているが、「しかし、いわば」以下も類似の問題意識を背景としていえると言えようか。

X. 5. 1. 19 は不正を行ったとされている司教が、これを糾問する聖職者の許に召喚される前に、不正を告発した者の悪意を抱いていること、告発者が本来告発又は証言適格のない者を証人に立てようとしていることなどを、教皇に訴えたことに関連して次のように言う。「更に司教に対して悪しき風評があることを知った場合でなければ、直ちに糾問を開始することのないよう、貴下の注意を促しておく。」

「何人も、何らの風評もない、ないし、未だ一般の非難の声によって指摘されていない犯罪について、その種の「犯行を見たと言う二、三の者の宣誓」供述に基づいて、処罰されるべきではない。むしろ、この種の供述自体受け容れられてはならない。糾問は、既に一般の非難の声が挙がっている犯罪についてのみ行われるべきだからである」(X. 5. 1. 21)。

X. 5. 1. 24 は、高位聖職者が「不当に罰せられることのように」、また、高級聖職者が「恣に罪を犯すことがないように」、次のような「相応しい業」を用いるべきだとする。即ち、「頭格刑 (*diminutio capitis*)」、即ち、職階剝奪に連なる刑事弾劾は、予め適法なる訴追登録 (*inscriptio*) がなされなければならない、許容されない。しかし、ある聖職者について不正の風評があり、もはや一般の憤激を招くことなく無視しえない、あるいは危険を招くことなく放置しえない程に、一般の非難の声が高まった時は、逡巡することなく糾問、処罰が行われるべきである。」「訴追登録については、D. 48. 2. 3) このテキストは、風評に基づく糾問手続がカノン法上いかなる役割を担うものであったかを示す点で興味深い。

(7) D. 1. 18. 13 属州総督の治安維持義務について。

- (8) C. 9, 4, 1. 官憲による犯人逮捕がありうることを示唆する文言が見える。
C. 9, 2, 7 は、「官憲によつて総督の許に犯罪が告発された場合、その審問は弾劾手続につき定められた諸手続に依ることなく行われるべきことは、良く知られた事実である」と言う。
- (9) D. 50, 4, 2. 「何人も、罪を犯した場合であっても、未だ弾劾されていない限り、弾劾人が弾劾を取り下げた場合と同様、公職から除かれるべきではない。」
- (10) 注(6)に引用したカルプツォンの所説参照。
- (11) Peterus Heigius, *Quaestiones juris civ. et Saxon.* 1601 (?). Vgl. Stintzing-Landsberg, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, Abt. I, 1880, S. 557, Anm. 1.
- (12) Antonius Matthaeus, *De criminibus, commentarius ad lib. XLVII. et XLVIII. Dig.*, 1644. Vgl. Hall, aao, S. XV; F. Schluter, *Antonius Matthaeus II. aus Herborn*, 1929, S. 17.
- (13) Vgl. Stintzing-Landsberg, aao, S. 418.
- (14) Vide Inst. 4, 5, pr.; D. 50, 13, 6. 原田慶吉「ローマ法」(一九五五年)二三三頁によれば、「審判人が訴訟を自己のものとする」とは、当初は繫争物を争の解決まで保管した審判人が該物を私する行為を指したと解せられているが、後には「悪意を以て法律を枉げて判決を宣告する」行為となり、更には過失に基づく誤判をも含むに至った。」
- (15) Petrus Follerius, *Practica criminalis*, 1568. Vgl. Hall, aao, S. XIII.
- (16) 中世イタリア諸都市では、都市外から選任されることの多かった官吏、裁判官の在任中の職務執行について、任期終了時に民刑事責任を追及する手続が制度化されていた。これが査問手続である。Vgl. W. Engelmann, *Die Wiedergeburt der Rechtskultur in Italien*, 1938, S. 467 ff.
- チキヌツは „index inquire negligens tenetur de Syndicatu” であるが、ここにはたんに責任を追及されるという程度の意味で使われているものと懸われる。よなみに、チキヌツの独訳は「処罰される」である。
- (17) Puteo, *Tractatus de sindicatu*, in: *Tractatus illustrum in utraque ... juris facultate Ictorum*, t. VII. fol. 227 ff., 1584. Vgl. Engelmann, aao, S. XVII.
- (18) E. Schmidt, *Fiskalat und Strafprozess*, 1921, S. 53 は、フランデン・バンクについて、裁判拒否を監視し、これをランデス・バンクに告発するフィスカルの職務が十七世紀以後明確に認められることになるとする。

(19) フルネマンは公的犯罪について触れてゐる。A. Matthaeus, De criminibus, commentarius ad hb. XLVII. et XLVIII. Dig., ed. prima Ticinensis, 1803, tomus primus, prolegomena cap. 4, n. 7 はローマ法上の公的犯罪と私的犯罪の違いをいくつか挙げた上で、公的犯罪については、公衆訴追が可能であり (Vide Inst. 4, 18, 1) 私人の犯罪については被害者訴追のみが可能であるという両者の差異は今日もなお存続している、と言う。

(20) D. 39, 4, 9, 5 は、不法行為について、二倍ないし三倍額の賠償を命ずる他、私人ないし国家の権利を害するが故に刑事訴追を免れなうとする。

D. 9, 2, 51, 2 には、「犯罪が処罰を免れることがあつてはならぬ」という文言が見える。

(21) C. 4, 63, 2 は、蛮族に金で支払を行った者に死刑を科し、かかる犯罪を知つて処罰しなかった、又は庇護した裁判官は共犯として処罰されるべしとする。

C. 1, 6, 3 は、再洗礼等を禁止し、違反者を処罰しない、又は法定刑より軽く処罰する裁判官は違反者が受くべきであつた刑をもつて処罰される、とする。

(22) 前注の C. 1, 6, 3 を指す。

(23) Homicidas C. 23 q. 5 c. 31. テキストとは同じ。

(24) Sicut inquit C. 2 q. 7 c. 46. テキストと同一の文言が見える。

(25) 独訳は „Fisco, oder gemeinen Besten” とある。

(26) A. B. Meehan, Compendium juris canonici, 1809, p. 247 f. は、救済文言について次のように言う。「フィスカルは訴状の末尾において、求刑を表示することなく、法律に従ひ然るべく被告人に対して手続が行われるよう、申立を行う。これに対し、民事における訴状には、結論、即ち請求及び請求原因を表示することが一般に必要である。その際、次のような救済文言を付加するのが有利である。『右の諸点につき、法律上可能なより良きすべての方法に照して、法と正義が私に与えられることを申請する。』」従つて、訴えに不備がある場合の職権による救済を申立てる文言と同一こととなる。Vgl. B. Dick, Die Entwicklung des Kameralprozesses nach den Ordnungen von 1495 bis 1555, 1981, S. 54, 143.

(27) J. Oidekop, Decades quinque quaestionum ad processum criminalem necessarium, 1691 (ed. prim., 1655), decas 1, q. 2 は、弾劾手続の開始は裁判手続を排除する、と Carpoz, op. cit., q. 107, n. 38 et seq. に対する議論を展開する。

第二章 糺問の区分

摘要

- 一 糺問の区分(1)
- 二 一般糺問とは何か(2)
- 三 特別糺問とは何か(3)
- 四 両者の目的はどのように異なるか(4、5、6、7)
- 五 両者は糺問主体においてどのように異なるか(8、9、10)
- 六 両者の対象はどのように異なるか(11)
- 七 両者はその端緒においてどのように異なるか(12)
- 八 両者の形式はどのように異なるか(13、14)
- 九 予め一般糺問を行うことなく特別糺問を行うことができるか(15)
- 一〇 最一般糺問とは何か(16)

1 糺問の形式及びその他の要件に入る前に、糺問の区分を論じなければならない。Farin. lib. 1. tit. q. 1. n. 4. Carpz. Pract. Crimin. q. 107 n. 6 et seqq. の説くところから明らかなように、糺問は異なる論者によって様々に区分されるが、他の区分(法)は度外視して、我が大学と法廷において承認されている区分に従いたい。即ち、一般糺問と特別糺問の区分がそれである(Farin. d. l. et Carpz.)。

2 一般糺問は、風評がどこから生じたのか、犯罪が実際に行われたか否か、誰が犯人と推定され、あるいは看做

されうるかを知るために行われる。一般糾問の他に、最一般糾問 (*inquisitio generalissima*) について論じられるところがある。これは教会巡察使⁽¹⁾によって職権に基づいてなされるのが通例であるが (*c. 17. X. de Accus.*)⁽²⁾ 敬虔な裁判官も、臣民の生活一般や、臣民の間に様々の悪徳が蔓延していないか否かを知るために、職権によってこれを行うべきである。そうでなければ裁判官は注意深い羊飼いの名に値しないからである。このようにしてはじめに手を打つことによって、多くの悪が避けられるのである。

3 これに対して、特別糾問は、一般糾問によって、行われたことが明らかになった犯罪を理由として、特定人に対して行われる。

4 両者の差異を明らかにするためには、次の諸点で両手続が異っていることに注目すべきである。第一は目的における差異。即ち、一般糾問は、風評の出所、風評のある犯罪が実際に行われたか否かを知るために、裁判官による証拠収集として行われるにすぎない。他方、特別糾問は、犯罪が行われたことが確定した後、その犯罪について正当な刑罰を科すために、何びとが犯人であるかを明らかにする目的で行われる。

5 それ故、*Baldus in l. ea quidem C. de Accusat.*⁽³⁾ が糾問を事実糾問と法律糾問とに区分するのは正当なように思われる。事実糾問とは、事実即ち犯行に関する裁判官の証拠収集のために行われる糾問であり、法律糾問とは、犯罪の処罰のための糾問である。バルドゥスは前者によって一般糾問を、後者によって特別糾問を意味させているのである。

6 *Bossius in tit. de Inquisit. n. 4*⁽⁴⁾ の、糾問のための審問 (*judicium ad inquirendum*) と有責判決のための審問 (*judicium ad condemnandum*) との区別もこれと異ならぬ。

7 一般糾問はいわば準備であって、特別糾問への路を拓くものである。なぜなら、一般糾問によって裁判官があるいは犯罪事実、あるいは犯人について何らかの知識を得た場合にはじめて、特別糾問によってその特定人に対して

職権による糺問を行うのが通例だからである。

8 第二に、糺問主体における差異。一般糺問は真正罰令権 (*merum imperium*) を有しない者によって行われる場合がある。しかし、特別糺問は当該犯罪に相当する刑罰を科す権限を有する者によってのみ行われる。通例はすべての裁判官がかかる刑罰権を有するが、犯罪に対する刑罰が身体刑、即ち身体に苦痛を加えるものである時、又は死刑である時は、特別糺問は真正罰令権を有する者によって行われなければならない。

9 この差異は第一の差異から生ずる。即ち、特別糺問は処罰のために行われる、しかるに、真正罰令権を有しない者は公的犯罪に対して刑罰権を有しない、故に、真正罰令権を有しない官憲は特別糺問を行うことができない〔という三段論法になる〕。しかし、上級の官憲による特別糺問を可能にするため、下級の官憲によっても直ちに遅滞なく一般糺問が行われるべきである。Carpz. q. 107. n. 14 はこの差異について簡単に触れている。

10 これに関する具体例は我が大学の中に見い出すことができる。大学において学生間に殺人が行われた場合、大学当局が直ちに犯罪と犯人について一般糺問を行い、これに基づいて犯罪報告書 (*narratio facti*) を作成し、選定侯殿下の許に送付する。大学関係者に対する真正罰令権ないし流血刑罰権を留保された選定侯殿下は、更に特別糺問を行われるか、あるいは裁量によって、これを大学に委ねられる。

11 第三に、糺問対象における差異。一般糺問においては、犯罪それ自体についてその有無が糺問される。犯罪が行われたことが確かであれば、例えばある者が傷害されたことが明らかであれば、犯人について一般的に糺問が行われ、裁判官は、事件について知識を有すると考える証人に対して、犯人が誰であるかを知っているか否かを、自ら特定の氏名を示唆することなく、尋問を行う。更に、犯罪が行われたことが確実となり、かつ特定人に対して犯人であるとの推定が生じた時は、その特定人に対して特別糺問が行われ、証人はその犯罪について何を知っているかを尋問される。Clar. q. 5. n. 5 はこれが実務であるという。

12 第四に、糺問の端緒における差異。一般糺問は、裁判官が犯罪が行われたとの何らかの噂、風評によって動かされた場合に行われるが、第四章で検討するであろうように、特別糺問はより強い徴憑を前提とする。

13 第五に、糺問形式における差異。一般糺問では糺問項目書ないし尋問項目書 (*articuli seu interrogatoria*) は特定人に対してではなく、不特定の犯人に対して向けられているが、特別糺問では特定人が名指しされている。

14 同様に、宣誓していない証人が情愛等々の理由から真実を隠蔽する虞れがある場合、宣誓を科すことが必要となることもあるが、一般糺問での証人尋問は略式かつ無宣誓で行うことができるのに対し、特別糺問では常に宣誓が必要である。詳細は以下の糺問形式の項を見よ。

15 場合によっては、一般糺問を先行させることなく、直ちに特別糺問を開始することができる。即ち、犯人が現行犯逮捕された (*in flagranti crimine deprehensus*) 場合がそうである。これは、一般糺問を先行させることによって犯人が逃亡することがないようにするためである (*Carpz. q. 108. in fine*)。また、この場合一般糺問は無意味でもある。

16 糺問の種類は二つだけであると述べたわけであるが、最一般糺問についてはどう考えるべきか。最一般糺問については様々な説明がなされている。若干の者は、*l. congruit. ff. de offic. praesidis* (6) に従って、管轄区域から悪事を働く者を除くために、通例官吏が就任後に発布する禁令もしくは告知又は命令を最一般糺問と呼ぶ (*Sig. Saccia lib. I. de iudic. caus. civil. et crimin. cap. 69. n. 2. Cothman lib. 3. cons. 30. n. 153*)。ある者は、住民の住居においてなされる盗品、その他の物の搜索、即ち、家宅搜索を最一般糺問であるとする (*Berlich. part. I. decision. 120. n. 2 et 5*)。しかし、いずれも全く糺問の名に値しない。前者は、一般糺問の一部にすぎないという理由からであり、後者は、同じ理由の他に、この種の搜索は民事事件でも行われるという理由からである。しかし、前出の、裁判官が風評がない場合でも臣民の生活一般に「調査のために」立入ることを最一般糺問と呼ぶのであれば、糺問の一種と

して維持することがある。

注

- (1) „*officiales vigilantes*.” コンテクスト及び中世ラテン語において „*officialis*” が「教会において特定の任務を授けられた者」を意味することを考慮して、独訳の „*vorsichtige Beamten*” という訳に従わず、一応本文のように訳した。
- (2) X. 5. 1. 17 は「その教会において、上下を問わず、改善されるべきであると知っている、又はそのように信ずる事項——未だ判明していない犯罪を除く (*exceptis occultis criminibus*) ——について、真実のみを、かつすべての真実を糺問官に供述する」ことを聖職者に宣誓せしめることを許している。犯罪摘発ではなく、教会の運営維持のための一般的な調査活動が、テキストでは最一般糺問と呼ばれているわけである。ただし、本章 16 を見よ。
- (3) Vgl. Biener, aO, S. 102.
- (4) Aegidius Bossius, *Tractatus varii* (ed. II., 1562).
- (5) ただし D. 1. 8, 13 は、官吏が発する禁令等々について全く触れていない。

第三章 糺問の主体

摘要

- 一 糺問主体は誰か (1, 2)
- 二 刑事事件における裁判権は何種類あるか (3, 4, 5)
- 三 住所地の裁判官は他所で犯罪を行った者に対して糺問しうるか (6)
- 四 管轄権のない裁判官は犯人を管轄権を有する裁判所に引渡すべきか (7, 8)
- 五 今日引渡は行われているか、行われているとすればいかなる場合においてか (9, 10, 11, 12, 13, 16)
- 六 引渡が行われる場合の要件は何か (14, 15)

- 七 犯人が住所地以外の他の裁判区で犯罪を行った場合、誰が裁判官となるか (17、18)
- 八 境界地において犯罪が行われた場合、誰が裁判官となるか (19)
- 九 公道で犯罪が行われた場合、誰が裁判官となるか (20、21)
- 一〇 他の裁判区で逮捕された者に対して裁判官は糾問を行いうるか (22)
- 一一 その犯罪について恩赦がなされた者に対して糾問しうるか (23)
- 一二 (裁判権の) 優先は可能か (24)
- 一三 淫行勧誘事件の糾問官は誰か (25)
- 一四 不法侵害事件の糾問官は誰か (26、27、28)
- 一五 いかなる裁判官が聖職者に対して糾問を行いうるか (29、30、31)
- 一六 いかなる裁判官が貴族に対して糾問を行いうるか (32、33、34、35、36)
- 一七 いかなる裁判官が学生に対して糾問を行いうるか (37)
- 一八 裁判官の資格はどのようなものでなければならぬか (38)
- 一九 どのような意図から刑事事件を処理すべきか (39、40)
- 二〇 誠実な裁判官の職責 (41、42)
- 二一 裁判官の敬虔 (43、44)
- 二二 裁判官の賢明 (45)
- 二三 裁判官の学識 (46)
- 二四 カルル五世皇帝は裁判官はどうあるべきものとしたか (47)
- 二五 裁判官はその職務を委託することができるか (48、49)
- 二六 いかなる場合に裁判官は真正罰令権および糾問の職務を移譲しうるか (50、51、52、53、54、55)

二七 糾問の職務を移譲しうるための要件は何か (56)

二八 糾問手続において裁判権の延長はあるか (57)

二九 告発官とは何であったか (58)

三〇 書記の職務 (59, 60)

三一 誰が糾問に端緒を与え、あるいは糾問を促すか (61)

1 糾問主体となるのは管轄権のある裁判官 (*judex competens*) である。これに反する時は、糾問は法律上当然に無効となる (*t. t. C. si a non competente iudice, etc. Farinac. lib. 1. q. n. 53. Carpz. q. 107. n. 73. Damhud. Prax. rerum criminal. cap. 8. n. 4*)⁽⁶²⁾。

2 管轄権を有する裁判官といえるためには、真正罰令権ないし死刑科刑権、又は、刑罰として拘禁、罰金もしくは追放を科される犯罪については、混合罰令権ないし下級裁判権を有していなければならない。処罰権をもたない犯罪について糾問するのは無意味だからである (論拠として) *l. 3. ff. de iurisdic. Carpov. q. 104. n. 62 et q. 109. n. 17. Berlich. lib. 1. decis. 120. n. 1. et alii*)⁽⁶³⁾。

3 どの裁判官が管轄権をもつかを知るためには、次の点に注意すべきである。即ち、刑事事件における裁判籍 (*forum competens*) には、住所による即ち生地ではなく居住地による裁判籍 (*Carpz. q. 110. n. 10*)⁽⁶⁴⁾、あるいは、犯行地による裁判籍がある。軍人であっても、重罪たる普通犯罪については犯行地による裁判籍に服さなければならない (*l. 3. pr. ff. de re militari*)⁽⁶⁵⁾。貴族の場合も同様である (*l. 1. C. ubi Senatores*)⁽⁶⁶⁾。犯罪はすべての名譽を奪うからである (*d. l. 1*)⁽⁶⁷⁾。

4 刑事裁判における裁判籍としては、更に、犯行の著手による裁判籍 (*forum inchoati criminis*) がある。法学

者は一般に、*crimen inchoatum* を刑事訴訟の開始と解し、従って「管轄権の」優先（*praeventio*）を認める。ここから、法学者は、刑事事件においても裁判権の延長（*protogatio jurisdictionis*）が行われると結論するが（*Don. lib. 17. cap. 16 ibi Hiliger. lit. B*）これを優先による裁判権ではなく、犯行の著手地による裁判権と解する *Wesemb. d. tit. C. ubi de crimine. n. 3* の方がおそらく正しい。

5 刑事裁判における裁判権の最後のものは、犯人の逮捕地による裁判権である（*L. 1. C. ubi de crimib.*）法学者は主として放浪民及び逃亡者についてこれを考えている（*Gl. in d. l. et Farinac. lib. 1. q. 7. n. 13*）。即ち、放浪民が犯した犯罪についていかなる土地においても処罰されうることは、法学者の一致した意見となっている（*Clar. q. 39. n. 7*）。しかし、*L. 1. C. ubi de crimine. l. 3. et 13. ff. de Offic. praesid. Ant. Matth. ad lib. 48. tit. 13. cap. 5* における法文が無条件であることを考えると、放浪民でない者もまた、逮捕地において公的犯罪につき処罰されうるといふのがより正確である。犯人は犯行地で処罰されるべしとしている *L. 7. §. penult. et ult. de Accus.* は、反対理由にならない。これらの法文は他の可能性を排除する趣旨ではなく、また、逮捕地の裁判官による処罰を禁ずるものでもなく、申立があった場合についての犯人引渡の必要性を示唆しているにすぎない。従って、*Farin. q. 7. n. 22. Clar. §. fin. q. 39. n. 3. Ant. Matth. d. l. n. 5* が述べているように、住所地の裁判官が紕問しうることを否定する者は確かに誤っている。

6 ここで問題となるのは第一に、住所地の裁判官は他所で犯罪を行った者に対して紕問しうるか否かである。生地又は現在の住所、居所の裁判官は、他所で行われた犯罪について審問することが可能であり、犯人を犯行地に引渡す必要がないという肯定説がより一般的でかつ正しい。そうでなければ、犯行地が紕問に関する唯一の裁判権ということになり、これは正しくないからである。更に、住所による裁判権は一般的のものであって、手続を行うことのできる他の裁判権と競合する結果、「管轄権の」優先が生ずるということも理由になる。この見解をとる者として、*Tes-*

saurs decis 90. n. 2 及び Farin. lib. 1. q. 7. n. 20 が挙げる多数の法学者。ただし、フアリナキウス (p. 86) は、住所地の裁判官と犯行地の裁判官が同一のランデスヘルに臣従している場合については例外を設け、この場合は後者が前者に引渡すべきものとする。皇帝によって正規の裁判官の裁判権から免属 (exemptus) された者は、正規の裁判官によって逮捕され、引渡されることはない。しかし、重罪についてはかかる特権は効力を有せず、また、特権の付与者たる皇帝がかかる意図を有していたとは推定されない。

7 第二に問題となるのは、管轄権のない裁判官は犯人を管轄の裁判所に引渡す義務があるか否か。これは一般に否定される(論拠として、第一章、及び本章6における特権に関する部分)。

8 ここから、犯人を管轄の裁判所に引渡すためには、何らかの裁判権を有していなければならないことが明らかになる (Farin. d. q. 7. n. 28)。

9 裁判官が同一のランデスヘルに臣従する場合を除いて、今日の慣習によれば引渡が行われていないことは明らかである。この慣習を証言するのは、Farin. d. n. 28. Wesenb. in r. tit. de accus. n. 8. Carpz. q. 110. n. 45.

10 従って、裁判官が同一のランデスヘルの下にある場合は、ランデスヘルは引渡を命ずることができる (Clar. q. 38. n. 21. Covar. pract. quaest. cap. 11. n. 10. これら及びその他の論者を援用する Farin. n. 29)。これらの法学者の説くところから、犯人引渡の行われる場合を知ることができる。第一は、右に挙げたランデスヘルの命令による場合である。第二は、対面 (confrontatio) のための引渡しが必要とされた場合である。この場合は通例、引渡された者の自由な帰還が妨げられることのない旨の保証が行われる (Thabor de Confront. p. 1. n. 38)。第三は、本章12の例のように、隣接する者の間に協定が結ばれた場合である。第四は、かつて一方が他方に引渡によって協力し、他方が他の機会に一方に協力する旨の誓約書に基づく義務がある場合である。第五は、本章13の場合である。第六は、l. 3. ff. de Re milit. Carpz. p. 4. Const. 9. def. 11. Decianus in tr. crim. l. 4. c. 17. n. 5 の場合である。しかし、ある者が強盗

殺人又は窃盗を理由に私の裁判区において逮捕され、私が犯行地の裁判権者に対して身柄引取を要求し、引取がなされなければ被逮捕者を釈放しようとする場合はどうか。逮捕した裁判官も管轄権を有する正規の裁判官であり、かつ、引渡と同様引渡請求も必要でないから、他の裁判官に身柄引取を強制できない、というのが答えである。これは最近行われた法学部の法律鑑定の結果でもある。

11 当該引渡は引渡し側の裁判権を害するものでも、危険に曝すものでもなく、かつ、同様の場合には自らも引渡を行うということを内容とする誓約書を条件に、裁判官が他の裁判官に対して善隣友好のために犯人を引渡すことがしばしば行われる (*Gail. lib. 1. de. P. P. cap. 16. n. 30 et Carpz. q. 110. n. 58*)

12 前掲の協約によって、ブランデンブルク選定侯殿下とポメルン侯、メクレンブルク侯殿下との間に、特に、誓約書が提出されない場合においても相互に自己の領邦において逮捕された掠奪犯人又は強盗殺人犯人を引渡すべきものとの取決めがなされた。即ち、「選定侯及び侯は相互に、選定侯又は侯の臣民にして相手方の領邦において逮捕された強盗を留置することなく、誓約書のない場合においても（なぜなら、本協約とともに、かつ本協約に基づいて既に、犯人引渡が引渡し側のランデスヘルとしての高権及び裁判権を害するものでないことが約定されるからである）、これを引渡し、送致するものとする。ただし、強盗の引渡を受けた選定侯又は侯は、これに対して本協約に定めるところに従って刑を執行するものとする。」

13 ところで、とりわけ、犯行地において犯人が逮捕され、糾問が行われ、刑事事件の審判がなされ、かつ判決が行われたにもかかわらず、被告人が逃亡し、他所において逮捕された場合、被告人を引渡すことは正義に適っている (*Carpz. q. 110. n. 63*)。カルプツォフは、今日でも引渡が行われうるこの種の場合についての要件を詳論している (*n. 65 et seqq.*)。

14 即ち、次のような要件がそれである。(1)略式の取調によって、引渡し側の裁判官が引渡要請をした裁判官と同

等の裁判権を有すること、及び引渡されるべき者が犯罪を行った蓋然性のあることが確認されなければならない。(2) 犯罪が軽罪ではなく、重罪であること。これは見せしめのためである (l. 3. pr. ff. de Re milit. Clar. q. 38. n. 23)。しかし、私はこの第二の要件は疑問としたい。憤激を惹き起こす犯罪 (*crimen scandalosum*) はすべて犯行地において糺問されるようにするためである。また、「引渡し側の」裁判官は罪が重罪であるか否かにあまり心を用いるべきではなく、犯罪がどの程度憤激を惹き起こすものであるかは犯行地の裁判官の方がより良く判断しようとする。(3) 引渡を求めた者の費用によって行われること。

15 *Farin. d. q. 7. n. 4* によれば、これに、犯人が犯行地に引渡された場合、以前の手続を行った裁判官が管轄権を有しなかった時は、新たな手続が犯人に対して行われなければならない、という第四の要件が付け加わる。しかし、以前の手続を行った裁判官が管轄権を有していた時は、以前の手続が維持されるとファリナキウスは言う。このような手続維持は、被糺問者が以前の手続の瑕疵を主張する場合を除けば、理解できる。

16 ある犯罪を理由にある裁判官によって処罰された者について、他の犯罪による処罰のために、他の裁判官への引渡が要請されることもありうる (*Farin. d. q. 7. n. 42*)。

17 裁判籍について、第三に問題となるのは、犯人がある裁判区において犯罪に著手し、他の裁判区において既遂に達した場合、例えば、ここで傷害し、他所で死に至らしめた場合、誰が裁判官となるか、である。Carpz. q. 110. p. 18 はツァンガーと同様、犯罪はそれが完成された地において既遂となるのであるから、著手地ではなく、完成地に依るべきだと答えている。しかし、この卓越せる人物に対して厚かましい言い分であるが、ローマ法に従って次のような見解を採るべきだと考える。即ち、前掲の事例のように、あるいは、他の例を挙げれば、ある地方で処女を誘拐して他の地方で強姦した場合、ここで文書を偽造して他所で行使した場合、あるいは、ここで縛って他所で強奪した場合のように、犯人から見ても被害者から見ても犯罪がある裁判区で開始され、他の裁判区で完成に達した時は、こ

れら及び類似の事例について、犯罪著手地および犯罪完成地の裁判官のいずれもが管轄権を有し、従って、*Feinus in c. ult. X de foro compet. Everhardus in loco 42 à Contractibus ad delicta n. 7. Marsil. in l. un. num. 150. C. de Raptu Virginum.* ⁽⁵²⁾ *Farin. d. q. 7. n. 45. Clar. §. fin. q. 38 n. 9. Ant. Matth. tit. 13. c. 5. n. 8* の説くように、〔管轄権の〕優先が生ずる、と私は言いたい。

18 私が誤っていないければ、この見解は、*l. l. C. ubi de criminibus* 中の「行われ、又は著手された場所」(*ubi commissi vel inchoati*) という文言によって証明される。なぜなら、「著手された」という語は手続の著手ではなく、*Wesenb. ibidem* に従って、犯罪の著手の意味にとるべきだと考えるからである。そして、これは文脈の示すところでもある。即ち、主辞は同一であり、つまり、犯罪であり、これについて、「行われ、又は著手された」と述べられているのである。それ故、後の賓辞は「訴追」ではなく、前の賓辞がかかる「犯罪」に関するものと解されるべきである。更に、この法文は〔管轄権の〕優先ではなく、裁判籍の問題に関するものだという理由が付け加わる。そして、右の見解は公共の利益にも合致する (*l. 51. §. 2. ff. ad L. Aquil.*) ⁽⁵³⁾。しかし、ここで殺人の依頼がなされ、他所で殺人が行われた場合はどうか。若干の者は、殺人の行われた地の裁判官のみが裁判を行うべきだとする (*Clar. d. q. 38. n. 6.* *Farin. q. 7. n. 47* はその妥当性に疑問を提起し、*Ant. Matth. d. l. n. 9* はこれを否定する。殺人の依頼それ自体犯罪であり、殺人が実行された場合その刑罰が加重されるにすぎないからである。また、依頼者がここで有罪とされ、依頼を受けた者が他所で無罪とされても不合理ではない (*l. 17. §. penult. ff. de Adult.*) ⁽⁵⁴⁾。同様に、ここで証拠不十分により放免された依頼者が他所で再び訴追されることも不合理ではない (*Ant. Matth. d. t. 13. c. 5. n. 8. et seq.*)。

19 第四に問題となるのは、犯罪特に殺人が境界地において行われ、行為自体、即ち殺人行為がいずれの裁判区で行われたかが不明の場合、誰が管轄の裁判官となるか、である。これについては様々の見解があるが、それらとはとも

かくとして、これは裁判官の判断に委ねるべきであつて、裁判官はいかなる犯行にも随伴する事情、徴憑及び推定根拠、特に血液等々の発見場所に基ついて犯行地を決定すべきであり、特に、行為者の居た場所よりも、被害者の居た場所を考慮すべきであると言ふ *Carpz. q. 110. n. 34* の見解を採りたい。犯行地に疑いの残る時は双方の裁判官によつて審問が行われる (*Farin. q. 7. n. 51*)。瀕死の状態にある者は様々の動きをするから、頭部の位置だけでは判断できぬ (*Ant. Matth. c. 5. n. 6. Fritsch. in Tr. de jure viarum. c. 10*)。

20 第五として、公道での犯罪について、公道が他の裁判官の裁判区の中にある場合、誰が公道について真正罰令権を有るか、が問題となる。この場合、糾問権はその裁判区の裁判官ではなく、収益高権 (*regalia*) の帰属するランデスヘルに属するというのが正しく、かつ一般に承認されてゐる (*Sixtinus de Regalibus c. 2. n. 16. Georg. Schultz in synopsi feudali c. 7. n. 137. Matth. Steph. de jurisdict. l. 2. p. 1. c. 7. n. 400. Schneidw. ad §. fin. n. 8. Inst. de. J. N. G. et C. Carpz. q. 110. n. 41*)。かかる見解の根拠は、公けの又は国王の道路、即ち皇帝の軍用および帝國道路は収益高権に属するといふ点にある (*cap. un. quae sint regal. l. 2. feud. tit. 56. Rosenthal de feudis cap. 5. n. 20*)。しかし、*Fritschius d. l.* は、ザクセン選定侯領ではこれが遵守されていないと伝えている。現在では他の地方においても同様であろう。罰金徴収の見込みがなければ、裁判官は刑事裁判権の行使に熱心でないのが通例だからである。

21 しかし、農村又は都市において公道上で犯罪が行われた時は、道路裁判権 (*Strassen-Gerichte*) を有する農村又は都市の裁判官が審問を行う (*Zangerus de Except. p. 2. c. 1. n. 242* 及びこれを引用する *Schultz d. l. n. 140*)。

22 第六の問題は、管轄権を有する裁判官が、自己の裁判区内ではなく、他の裁判区、しかもランデスヘルを異にする裁判区において、属吏 (*minister*) 又は受命者に犯人を逮捕させた場合、犯人に対して糾問を行うことができるか。 *Farin. q. 7. n. 40* はこれを否定する。他の裁判区で逮捕させるべきではなかったからである。しかし、これは逮

捕地の裁判官が犯人の身柄返還を求めた場合についてのみに正しいと考える。逮捕地の裁判官が身柄返還を求めず、裁判権侵害に異議を述べない場合は事情が異なり、裁判官は被逮捕者を放免することなく、犯罪について審問を行うべきである。裁判官は犯人を他の裁判区で逮捕することによって、いずれの裁判区においても逮捕されて然るべき犯人に対しては何らの誤りも犯しておらず、たんに逮捕地の裁判官に対して誤りを犯しているにすぎないからである。

23 第七に問題となるのは、犯行地において犯罪を恩赦された者、放免判決を受けた者、又は有責判決を受けた者に対して、住所地その他において再度糾問を行うか、である。ファリナキウスは第一の場合とその他の場合とを区別する。犯罪の恩赦の場合、裁判官がいずれも同一のランデスヘルに臣従している時は他の裁判官は犯人に対して手続を行うことができないが、裁判官が各々異なるランデスヘルに臣従している時はそうではない。即ち、他の裁判官が恩赦を与えたランデスヘルに臣従している時は糾問を行うことができない。そうでない時は、恩赦は他の裁判官を拘束せず、犯人はまだ有責判決を受けておらずかつこの裁判官も同様に正規の裁判官であるから、糾問を行うことができない。これに対して、既に放免又は有責判決のある裁判官から受けている場合は、〔管轄権の〕優先の場合であって、臣従するランデスヘルの異同にかかわりなく、他の裁判官は、前の糾問において通謀又は偽罔が行われた場合を除いて、糾問手続を行うことができない (Farin q. 7. n. 6)。なお詳細は六章を見よ。

24 最後に、それが起りうることは上述した通りであるが、二名の裁判官が管轄権を有する場合は、〔管轄権の〕優先が生じ、最初に糾問を開始した者が他方による糾問を妨げるという点に注意すべきである (Farin. q. 7. n. 52)。しかし、一方の裁判官が書面をもって召喚したところ、他の裁判官が犯人を逮捕したという場合は、後者の立場の方が強し (Farin. d. l. n. 52. Ant. Matth. d. l. n. 7)。ただし、犯人が他の裁判官の裁判権を回避するために意図的にある裁判官の手に自らを委ねた場合 (Farin. n. 53)、あるいは召喚された者が既に命令抗拒⁽²⁾を犯した (contumax) ものである場合を除く (Farin. n. 56)。

25 ところで、「淫行の常習なき婦女に対する」淫行勧誘(stuprum)事件について特に、その審問と糺問は真正罰令権を有する者の権限に帰属するのか、あるいは、混合罰令権もしくは下級裁判権を有する者の権限に帰属するのかという問題が生ずることがある。淫行勧誘及びそれより軽い犯罪である淫蕩(fornicatio)に対する刑罰は今日裁量的であるから、Berlich. p. 5. concl. 38. in fin.⁽²³⁾ がその糺問は下級裁判権に属すると言うのはおそらく誤りではない。なぜならば、真正罰令権を有しない裁判官の許でも、窃盜、不法侵害(injuria)、淫蕩、瀆神、偽誓、中傷、安息日違反、喧嘩、集会・会同における暴力行為(scandalosus conventus, conversatio)、欺罔行為(fraus et stellionatus)、暴利行為等を刑事訴追し、特別刑、⁽²⁶⁾ 罰金刑、拘禁刑、投獄刑又は類似の刑罰を科することができるからである。また、後に論ずるように、憤激を惹き起すすべての犯罪について糺問が行われるという見解が正しいとすれば、真正罰令権を有する裁判官のみならず、専ら民事裁判権のみを有する裁判官もまた、糺問を行うことが可能であり、かつ行うべきだということになる。ところで、笞刑及び死刑は真正罰令権に属するが、放逐刑、拘禁刑及び罰金刑は、刑事裁判権を有しない裁判官もまた科することができ(Ord. Cam. p. 2. t. 28. §. Item Nach dem auch. Dan. Moll. l. 2. Semest. l. 2. c. 2. n. 1. Petr. Frid. de Mandatis l. 1. c. 9. art. 12. Cushman. Consil. Acad. l. n. 173. Matth. Steph. ad Ord. Crim. Car. 5. in Prooem. 14. Carpz. q. 102. n. 31. et seq.)⁽²⁵⁾。従って、淫行勧誘又は淫蕩の処罰は下級裁判権によっても行うことができることになる。もっとも、真正罰令権者による処罰も可能である。強姦は真正罰令権に専属する。これに対し、さほど重大とはいえない偽罪(crimen falsi)⁽²⁴⁾については混合罰令権を有する裁判官も審問をすることができ、予期に反して身体刑の判決が行われた場合はどうか。この場合はかつて法務官(prætor)の許での裁判において多くの事件が省長官(præfectus prætorio)の許に移送されたように、判決の執行及び事件全体を真正罰令権を有する裁判官の許に移送することができると考える。ただし、反対の慣習が存在しない場合に限る。

26 不法侵害については、裁判官に対してなされた場合、裁判官は彼に対して加えられた不法侵害について自ら糺

問することができるか、が常に問題となる。一般に、不法侵害が職務に関連して裁判官に加えられたか、あるいは私人としての裁判官に加えられたかの区別がなされる。Clar. 8. fin. q. 35. n. 26によれば、前者では、不法侵害は裁判官自身に対してと言うよりもむしろ職務に対して加えられたのであるから、自ら糾問しうるが、後者では糾問を行うことができない。

27 これに対して、Gail. 1. obs. 39. n. 4は次のような要件が必要だとする。(1)不法侵害が職務との関連で官憲に加えられたものであること。(2)不法侵害が明白であって、証明もしくは糾問を要しないこと。(3)刑罰が当事者の利益にかかわるものではなく、例えば市長(Consul)が不法侵害行為の取消又は不法侵害に対する賠償の支払を求めて訴追しようとしているのではなく、国家の利益にかかわるものであること。(4)正規刑が科されること。しかし、この第四の要件は適用されることがほとんどないと思われる。不法侵害については、いかなる場合に正規刑が科されるかが問題だからである。不法侵害に対する刑罰は多様であり、かつ裁量的であるため、裁判官が悪意の疑いを受けることなく裁量を行うことは困難である。事実、裁判官が不法侵害に対する刑罰を自ら決定することはできず、一件記録を法有識者団(Collegium juridicum)⁽⁶³⁾に送付すべきである(Carpz. q. 95. n. 84)。

28 被糾問者が裁判官に不正の疑いがあると申立てる場合は、審問を行うことができない。又は、少くとも公証人(notarius)を立合わせなければならない(はば同旨、Carpz. q. 104. n. 68)。これは今日一般に承認されるところとなっており、被糾問者又はその親族がそれを申立てた場合は裁判所書記(notarius iudicii)と並んで公証人が同席する。敵意、悪意を持っていると疑われることを欲しなければ、賢明な裁判官はこれを拒むべきでないであろう。

29 上述したところから明らかなように、糾問を受けるべき犯人は糾問裁判官の裁判権に服していなければならない。ところで、聖職者について、犯行地において犯罪に対する糾問に服する必要があるか否かが問題となる。これは一致して否定されている。民事におけると同様に刑事においても、世俗裁判官は聖職者に対して裁判をすることがで

きないからである (c. cum non ab homine. c. at si clerici. c. clerici. c. qualiter. X. de iud. c. si diligenti. et c. signis. X. de foro compet. et sim.)^(*)。同様に、俗人も、信仰と教会に関する事件の場合を除いて、教会裁判官の許に訴えられ、かつ裁判されない。これら二つの規則の多くの拡張と制限について論ずるものとして、Char. q. 36. Farin. l. l. q. 8. per totam.

30 しかし、アウグスブルク信仰告白を支持したドイツ・ローマ帝国諸侯は宗教和議によって委託された権限に基づき、司教裁判権を行使しているから、⁽³⁵⁾聖職者が、アウグスブルク信仰告白を支持した諸侯の裁判権に服することは疑いない。従って、以下に述べるように、聖職者の処罰には聖職剝奪が予め行われることを要するが、ランデスヘルは聖職者の犯罪について紀問し、かつ聖職者を適法に処罰することができる。

31 ランデスヘルは宗務局 (Consistorium) を通して、かかる裁判権を教会及び世俗に関する事件、同様に軽罪事件に対して行使する。重罪事件は、聖職者が犯行地で逮捕された場合は、犯行地の世俗裁判官が管轄する (Carpz. q. 2. n. 20 et q. 110. n. 86)。しかし、重罪について逮捕されなかった場合は、ランデスヘルが紀問を行う。

32 貴族がラント都市において犯罪を犯し、都市官憲が貴族に対し紀問手続を行い、これを処罰する権限を有している場合はどうか。Math. Steph. l. 2. de iurisdic. p. 2. c. 2. n. 81 et seq. がこの問題を、ランデスヘルの家臣であつて常時宮廷に生活する貴族とそれ以外の貴族とを区別して論ずるのは正しい。そして、前者については、都市官憲の紀問を否定して、かかる貴族による犯罪の審問と処罰はランデスヘルの権限に属すると言う。人がある者の裁判権を免属されている場合は、その家族もまた免属されているからである (論拠として、l. un. C. si quacunq. praedictus potestate etc.)⁽³⁶⁾。

33 しかし、私はこれを、宮廷貴族がランデスヘルの現在する都市に居る場合、又は、その都市においてランデスヘルの事務を執行している場合に限るべきだと考える。従って、他の都市に自己の事務のために滞在している場合は

除外される。なぜなら、裁判権を免属された者であっても、裁判権を免属されていない場所で——この場合は、ランダスヘルの居住もしくは滞在する都市以外の場所——犯罪を行った時は、その地の法律と慣習に従って処罰されるという確かな規則があるからである (Bald. in. l. 1. C. ubi Senat. vel Clariss.)。

34 ランデスヘルの宮廷に生活しない貴族の場合は、犯行地の如何にかかわらず、それがランダスヘルの居住する都市であっても、都市官憲が犯行地において真正罰令権を有する限り、都市官憲によって処罰される。なぜなら、犯行は原則的に裁判籍を発生させ、この場合はその例外に当たらないからである。即ち、貴族が都市において犯罪を行ったという事実そのものによって、貴族は都市裁判官の裁判権に服することになるのである (Auth. qua in provinc. C. ubi de crimine)⁽³⁷⁾。同じことは、軍人についても (I. desertorem 3. ff. de re milite) 、「また上述のように、聖職者についても妥当する。Fachsus tom. 2. cons. illustr. cons. 46 も同旨である。」

35 しかし、今日では通常次のような場合分けがなされている。即ち、都市が犯行地において貴族を逮捕した場合は、貴族に対して紕問手続を行うことができる。しかし、貴族が逃亡した場合は、貴族が領地で生活していることが明らかであっても、紕問手続を行うことができない。この場合は貴族を召喚することができず、審問はランダスヘルの権限に属するからである。

36 強盗に関しては、一六一七年一月二二日付ブランデンブルク選定侯殿下とポメルン侯、メクレンブルク侯との協約の中に明瞭な規定がある。「これに対して、貴族の、及びその他の多数の特権 (Befreyung) が収益をもたらす、利益となるものがあつてはならず、その種の特権はすべからず、その名称の如何を問わず、ひとつの例外もなく、これをもって完全に無効とされ、廃棄されるべきである。人民の安寧が至高の法であるべきにもかかわらず、これらの特権によって万人に害が加えられているからである。更に、殺人、野盗、掠奪、強盗を事とする者はもはや騎士もしくは特権享受者たる資格を有するに値しない。」⁽³⁸⁾ 同旨の勅令については、Schepflitz Consuet. Brandenburg. in fine.

37 学生が死刑相当の犯罪を行った場合は、審問を行うのは大学、ランデスヘル又は司教である。ただし、これは犯罪が大学所在の場所、都市で行われた場合に限る。学生が他の場所、他の都市で犯罪を行った場合は、バルドゥスに基づいて上述した(『本章 33』規則に依る。法学者はフリートリヒ一世皇帝の新勅令 „Habita“⁽³⁷⁾に基づき、大学は学生に対する刑事裁判権を付与されていると判断するが、Ant. Matth. tit. 13. c. 5. n. 14 が次のような理由からこれを疑問視するのは正当である。(1)このような重大な問題を皇帝がこれほど無頓着に扱ったというのはいささかありそうもないことである。(2)その旨を明示していない勅令の中で真正罰令権が規定されているとは考えられない。(3)皇帝は、学生を学生の「選択した」裁判官に訴えない者の敗訴を命じたのであるが、これは民事事件の問題である。(4)皇帝は、学生が他人の犯罪を理由に訴追されることを禁じたのであり、従って自己の犯罪に基づいて訴追されることは可能である。また、学生が軍人及び貴族よりも寛大に扱われているとは考えられない。

38 管轄権については以上である。次に、刑事裁判官の適性について若干論じたい。第一に、裁判官はその正しい生活においてよく知られた誠実な人物、良きキリスト教徒でなければならぬ。また、*can. quator. Caus. II. q. 3.*⁽⁴¹⁾が次のような言葉で言及している四つの情念に捉われてはならない。

Quator ista, timor, odium, dilectio, census — Saepe solent hominum sanos perverttere sensus.

〔恐怖、憎悪、偏愛、贈物のこの四つはしばしば正しい人の心を狂わせるものである〕

39 更に、厳格を銜って、あるいは、寛大だという徒な評判を得るために、判決を厳しくしたり、緩やかにすべきでない(*l. respiciendum ff. de poenis*)⁽⁴²⁾。なぜならば、厳格との評判を得るために無情、苛烈な態度を取る裁判官の誤ちは有害だからである。また、なぜならば、人は慈悲心によって神の許へと高められるように、苛酷な振舞いによって地獄へと堕ちるからである。これは、*Sigism. Scaccia l. 1. de iud. caus. civil. c. 86. n. 3* が典拠を引きつつ論じている通りである。スカッキアはアウグスティヌスの次の言葉を引いている。「キリスト教徒たる裁判官よ、罪の

重さに対する復讐心を満足させるためにはなく、「罪人が」罪を犯すことによつて受けた傷を癒してやろうとする心をもつて、敬虔なる父として職務を行へ。また、神を畏れぬ振舞いに怒りを忘すれてはならぬ。」また、同じくグレゴリウスの次の言葉を引いている。「愛があれば、しかし優柔であつてはならない。厳格さがあれば、しかし挑戦的であつてはならない。熱き心があれば、しかし激してはならない。神を畏れよ、しかし必要以上に許してはならない」。

40 なぜなら、人の血に餓え、人を罪することを誇るならば、罰ある者を罪するとはいへ、それは殺人だからである (Boss. in tract. crim. t. de favore defens. n. 1)。

41 良い裁判官は、「知は汚れた魂に入ることなく、罪に堕ちた肉体に宿ることがない」というソロモンの言葉を想うべきである。

42 裁判官は刑事事件を扱う時は常に、ユダヤの王ヨシャパテの言葉を想うべきである。「汝らは人のために裁判するに非ず。エホバのために裁判するなり。裁判する時にはエホバ汝らと偕にいます。然ば汝らエホバを畏れ慎みて事をなせ。我らの神エホバは悪き事なく人を偏視ことなく賄賂を取ること無ければなり」(歴代志略下一九・六)。また、「神を畏れることが知の始まりである」という言葉を常に想うべきである。

43 モーゼの舅エテロが裁判官に要求した徳を備えるべきである。即ち、「賢して神を畏れ眞実を重んじ利を惡むところの人」(出エジプト記一八・二一)でなければならぬ。

44 ソロモンと共に次のように祈るべきである。「主よ聴き別る心を僕に与えて汝の民を裁かしめ我をして善惡を弁別ることを得させしめたまえ」(列王紀略上三・九)。

45 第二に、糾問官もしくは裁判官は賢明でなければならぬ。伴う危険が大きければ、それだけ一層賢明さが必要となるからである。

46 第三に、学識あること。アウグスティヌスが言うように、「裁判官の無知は無辜にとってほとんどの場合禍で

ある」(de Civit. Dei l. 19. c. 6) からである (Annaeus Robert. l. 2. rerum judic. c. 16. ♪これを引用する)。

47 これらの適格性のすべてを、カルル五世はその刑事裁判令の第一条において定めている。「まず、朕は、次のごとく定め、命じ、かつ、欲す。刑事裁判所にはすべて、裁判官、判決発見人、裁判所書記が備えられ、かつ、置かるべく、しかして、それは敬虔にして、温情あり、理をわきまえ、かつ、経験豊かなる人物たちによりて、各地の状況に応じ、きわめて方正に、かつ、最善を尽して、持たるべく、また、扱われるべし。このためには、貴族および学識者もまた、起用せらるるをう。すべてにおいて、各司直は、刑事裁判所が最善を命ずべく、かつ、何びとに対しても不法が行わるることなかるべく能う限りの努力を尽すべきものにして、この場合、人の名譽、身体、生命および財産が求められるこれらの大事件には、強靱にして、かつ、まさに慎重なる努力が払われるべし。かかる違反行為において、何びとも、適法にして的確なる根拠をもって、彼の怠慢および緩怠につきて免責せらるるをえずして、その行為のために衡平に、朕の本命によりて罰せられんがために、刑事裁判所を有する全司直は、このことにつきて、かく、厳肅に警告せられるべし。」しかし、都市では学問も刑事事件についての知識もない人々によって、農村では農民もしくはその他の学識のない人々によって刑事事件が扱われており、この第一条がどの程度良く守られているかは、遺憾ながら経験の示す通りである。刑事裁判官の宣誓については、刑事裁判令三条を見よ。

48 ところで、真正罰令権を有する者がこれを第三者に移譲 (delegare) し、第三者をしてこれを行わせる例がしばしば見られるので、論述を先にすすめて、これは法律上可能であるか否かを検討する。確かにローマ法上は、真正罰令権を第三者に委任、移譲 (mandare et delegare)⁽⁴³⁾することが許されないことは確立している。真正罰令権は君主 (princeps) による授封又は法律に基づいて特に付与されたものであり、従って移譲することが許されないからである (l. 1. ff. de offic. ejus cui mand. jurisd. l. nemo potest 70. ff. de R. J.)⁽⁴⁵⁾。従って、犯罪が死刑もしくは身体刑相当のものでなければ、その犯罪に対する審問は、「裁判官としての」適格性を有する者であれば第三者に、問題なく移譲

することができ、ということになる。

49 しかし、流血刑事件 (*causa sanguinis*)⁽⁴⁶⁾ においては、正規の裁判官特に真正罰令権を有する貴族が自ら裁判を主宰すべきである (d. l. 70 et art. 2. Ordin. Crim.)。カルル五世皇帝は同条において次のように言う。「自己の財産を理由として刑事裁判権を占有すべき責ある人びとありて、彼らがそれを、彼らの身体または精神の虚弱もしくは不全、若年、老年により、またはその他の障害のために、占有することも指示することなしえざるときは、往々にして苦境におち入るものなり、されば、かかる場合には、当人、または当人たちは、当該裁判罰令権賦与者の承認を受けて、能力ある他の人びとを、彼らに代りてその人びとがその刑事裁判権を占有すべく、命じ、かつ、任すべし。」⁽⁴⁷⁾ ことから、やむをえざる場合を除いて、いかなる貴族その他の裁判官も自ら刑事裁判を主宰すべきことが明らかになる (Clar. §. fin. q. 41. Matthias Steph. ad dict. art. 2. Petrus Gilken. ad l. placet. de C. pedan. judic. n. 19 et alii)。

50 しかし、法律上若干の例外がある。(1) ランデスヘルは真正罰令権に属する事件を移譲することができる (l. fin. pr. C. ubi Senatores vel Clarissimi. Prunckman. l. 2. cons. 4. n. 3)。

51 (2) 真正罰令権者の不在に基づいて例外が認められる (l. l. pr. ibi. si abesse caeperit. ff. de offic. ejus cui mandata jurisd.)⁽⁴⁸⁾。この理由に基づく場合は、真正罰令権それ自体ではなく、(個々の) 刑事事件の審問が委任されるにすぎなく (Hill. in Donell. l. 7. c. 8. lit. Dd.)。

52 (3) 重篤な疾病の場合も例外となる (l. questum. 60 ff. de Re. jud. Bart. et Fason. in d. l. l. ille n. 11. hic n. 77. et d. art. 2. Constit. Crim.)。⁽⁴⁹⁾

53 (4) 若齢もしくは高齢により、又は精神の障碍及び類似の欠陥のため、刑事裁判を主宰することができない者も、例外となる (d. art. 2)。カルル五世皇帝の法は、裁判権付与者 (*superior*) の同意を要求するが、これは慣習上は必要とされていなく (P. Busius ad l. l. ff. de Off. ejus cui mandata etc. Conf. Gudelimus de jure Novissimo l.

5. c. 13 in fin. Gronwegen in abrog. legibus ad l. 3. de jurid.)°

54 (5) 若干の法学者は、カノン法によれば刑事事件を移譲することができるとしている (c. in Archiepisc. X. de

Raport. c. licet. X. de officio Vicarii. c. cum Episcopis. X. de offic. Ordinarii (83) を根拠とする)°。しかし、それが認め

られるのは次の三例の場合に限られるとする Didacus Covarr. l. 3. var. Resol. c. 20 et Petrus Gilken. qui d. l. n. 26. et 5. の方が正しい。即ち、(1) ランデスヘルによって移譲が行われた場合。これについては上記(1)において触れ

た。(2) 教会当局によって流血刑が科される場合、教会当局はこれを第三者に委託しなければならぬ (c. fin. X. ne clerici vel monachi secular. negot. lib. 6. 3.)°。(3) 司教が司教代理を任命した場合 (c. pen. X. de offic. Vicar.)°。

55 Pruckmannus vol. 2. cons. 4. n. 12 が述べているように、カノン法上はどうかあるにせよ、この点についてはローマ法に従いたい。カノン法上真正罰令権を移譲することが可能な理由は、カノン法上流血刑が科されることがないという点にあり、そして、この理由は世俗裁判所では存在しないからである (Pruckm. d. cons. n. 13. et seq.)°。

56 刑事事件の移譲が適法となるためには、二つの要件が必要だと考えられる。(1) 移譲が裁判権付与者の同意を得てなされること。刑事裁判令二条は「その裁判権付与者の承認を得て」と定めている。この規定は守られない傾向があるが、守った方がよいと考える。(2) 刑事事件が包括的に移譲されるのではなく、個々に移譲されること (Bart. Bald. nec non Angelus in d. l. ff. de officio ejus cui mand. etc. Salyc. in l. placet. 2. n. 25. C. de peban. iudici et h. c. l. r. a. v. n. 24.)°。しかし、修道院の場合、都市貴族 (Baro) (86) もしくは「都市在住の」領主が都市外に所領を有する場合、又は、複数の貴族が同一地に対して裁判権を有する場合、今日ではしばしば刑事事件の包括的移譲が行われるのが見られ、裁判代行者 (administrator iustitiae; Gerichtshalter) 等が任命されている (87)°。

57 裁判権の延長について若干付言する。法学者は一般に、Clar. §. fin. q. 42. n. 1. の所説に基づいて、刑事裁判権の延長を可能であるとしている。しかし、Baldus in l. 1. in fin. C. ubi de crim.によれば、礼問手続が行われる

場合は、裁判権の延長は生じないとされる。これについては、二つの場合を分別すべきである。(1)裁判官が流血刑相
 当の犯罪に対して裁判権を有しない場合。この場合、存在せざるものは、延長もされえない。(2)裁判官は確かに裁判
 権を有するが、特定人に対してはその特権のために裁判権を行使することができない場合、被逮捕者が裁判官が管轄
 権を有しないことを知って手続に対して答弁を行った時は、ランデスヘルがこれを妨げない限り、被逮捕者は裁判権
 を延長したことになる。そうでなければ「その認諾を前提としなければ」裁判権の延長は特権を付与された者としての
 名誉を損うことになる。(c. si diligenti X. de Foro comp. Ant. Matth. tit. 13. c. 5. n. 16. Ummius d. 4. th. 17. n
 49. Conf. Berlich. p. 1. concl. 4. n. 17. et seqq.).

58 以上、糾問において裁判官の職務を行う糾問主体について述べた。以下では裁判補助者 (minister iudicii)
 について簡単に触れる。(1)かつて、裁判補助者として告発官 (delator publicus) があり、職務として犯罪を告発した
 (l. divus 6. ff. de Custod. et exhib. reorum. l. ab accusat. 6. §. 3. ff. ad Scrum Turpill.). これはイレナルカ
 (Irenarcha) と呼ばれたが (l. ult. §. Irenarchae 7. ff. de mun. et honor. l. un. C. de Irenarch. lib. 10⁽⁶²⁾)、この種
 の官が忘れ去られたことは司法にとって大きな損害であった。

59 書記⁽⁶²⁾もまた欠くことのできない裁判補助者であって、供述、行為を録取し、糾問記録及びその他のすべての記
 録を誠実に作成する (c. quoniam contra Il. X. de probat.⁽⁶³⁾)。

60 それ故、その職務の大きさと重要性もしくは厳肅性を考えれば、人選には注意を払い、その周到、誠実および
 書記能力の確かな者が選任されるべきである (Matth. Stephan. ad art. 5. Constit. Crim.). しかし、とりわけ難し
 いかかる職務をしばしば学識も経験もない者に委ねる多くの裁判官の無頓着さ、そしてこれ程の重要事に対する無関心
 に驚かされることが多い。

61 (3)糾問を促す者 (instigator seu promotor inquisitionis) と呼ばれる者もまた、糾問による刑事裁判の補助者

である。これは三者に分かれる。第一は、上述のイレメンアルカのように職務としてこれを行う者である。裁判官に対して犯人の糺問を請求するフィスカルも同じである。第二は、裁判官は、フィスカルに代つて糺問に立会う者を選任するのが通例であるが、かかる者は裁判官の委任に基づいて糺問を促進する者である。第三は、裁判所に出頭して、被糺問者に不利な証人、証拠を提出することによって、自発的に糺問を促す者である⁽⁶⁴⁾ (Char. s. fin. q. 10. n. 3)。

注

(1) C. 7, 48.

(2) Jodocus Damhouder, *Praxis rerum criminalium*, 1554. 一章から五九章まで手続法、六〇章から一五九章まで各犯罪類型に当てられている。アントワープで出版された本書は、一六二〇年のプロイセン・ラント法の中にその一部が文字通り採用されるという形で、プロイセン刑事手続に強い影響を与えた。Vgl. Biener, aaO, S. 164f.

一六一八年、プロイセンは相続という形で、ポーランド王によってブランデンブルグ選定侯ヨハン・ジギスムントに授封され、ブルネマンが本書を執筆した当時は、ブランデンブルグとプロイセンは、フリートリヒ・ウイルヘルムの下で同君連合の關係にあった。ブルネマンがプロイセン・ラント法に言及せず、ダムフダーをほとんど引用していないことは、ブランデンブルクとプロイセンの關係が、一円的支配という実体を全く欠いたたんなる同君連合にすぎないことをよく物語っている。

(3) D. 2, 1, 3 は、真正罰令権を死刑科刑権、混合罰令権を金銭をめぐる事件に関する裁判権とする。

(4) D. 49, 16, 3. pr. は一属州総督は、脱走兵が当該属州において重大な犯罪を行っていない限り、審問の上、報告書とともに脱走兵をその指揮官の許に移送しなければならない」とする。

(5) C. 3, 24, 1. 「処女を強姦し、境界標を移動し、又は何らかの不法もしくは犯罪の現行犯として逮捕された、皇族ではない貴族は、犯行地たる属州において処罰されるべきであつて、裁判権の免属を主張することをえない。犯行によってこの種の特権の効力は消滅するからである。」

(6) „*crimen inchoatum*” は、「犯行の著手」とも「刑事訴追の著手」とも解しうるために、このような解釈の差異が生ずるのである。本章18参照。

- (7) 「管轄権の優先」の意味については本章4を参照。
- (8) 船田亨二「ローマ法」第五卷(一九七二年)四〇頁は「*prorogatio fori*」を「管轄の合意」とするが、ここではコンテクストを考慮して「*prorogatio jurisdictionis*」を「裁判権の延長」とした。「裁判権の延長」の意味については本章57を参照。
- (9) Vgl. Stintzing-Landsberg, aaO, 715.
- (10) C. 3, 15, 1 は刑事裁判上の裁判籍は「犯罪が行われ、又は着手され、又は被告人が逮捕された地」にあるとする。
- (11) D. 48, 2, 7, 4 et 5. 第四分節は、奴隷は犯行地において処罰されるべきことを、第五分節は、瀆神罪を犯した者は犯行地たる属州に送致されるべきことを定める。
- (12) D. 49, 16, 3 は、前文と二二の分節から成るが、全分節は軍事実体刑法に当てられており、軍人に対する管轄権に関するものは前文(注4参照)のみである。次の「しかし」以下のテキストとの関連が判然としな。
- (13) Carpov, *Jurisprudentia forensis Romano-Saxonica secundum ordinem Constitutionum D. Augusti Electoris Saxoniae*, 1638 (?). Vgl. Kleinheyer-Schröder, *Deutsche Juristen aus fünf Jahrhunderten*, 2. Aufl., 1983, S. 53.
- (14) Andreas Gail, *Practicarum observationum tam ad processum judicium praesertim imperialis camerae, quam causarum decisiones pertinentium libri duo*, 1578 (?). Vgl. Stintzing-Landsberg, aaO, S. 497.
- (15) „J. J. J. Chur- und F. F. F. G. G. G. J. 及び G. の意味は不明。
- (16) Nikolaus Everhardus von Middelburg, *Loci argumentorum legales*, 1554 (?). Vgl. Stintzing-Landsberg, aaO, S. 118.
- (17) Vgl. Biener, aaO, S. 110.
- (18) D. 9, 2, 51. テキストに関係しそうな部分としては「犯罪が処罰を免れることがあつてはならぬ」という文言があるのみである。テキストとの関連が判然としな。
- (19) D. 48, 4, 17, 6. 姦夫が有罪判決を受けた場合であっても、偽証等による誤判がありうるから、婦女は直ちに有罪とはされず、無罪の主張立証を許される、とする。
- (20) 文脈からみて、この「裁判官」は、ランデスヘルからレーンとして裁判権を授けられた裁判権者を含まず、ランデスヘル

の裁判権をインデスヘルの名において行う官吏たる裁判官のみを指すことになる。

(21) この場合は、召喚に応じなかったことを言ひ。

(22) *Mattias Berlich, Conclusiones practicabiles secundum D. Augusti constitutiones Saxonicas, 1615-19. Vgl. Stintzing - Landsberg, aaO, S. 737.*

(23) *Matthaeus, op. cit., t. 1, tit. 4, cap. 1, n. 1 de injuria* を「公序良俗に反して他人に加えられた名誉侵害 (*contumelia contra bonos mores alicui illata*)」と定義し、その犯行形態には行為 (*res*)、言辭 (*verba*)、文書 (*litterae*) によるものとがあるとする (*Vide D. 47, 10, 1, 1*)。後二者は確かに侮辱ないし名誉毀損に当るが、前者は、近代的な意味では名誉に対する犯罪とは扱えられていない雑多な権利侵害行為を含む。マテウスから拾えば、例えば暴行、所有物利用もしくは公権行使を妨げること、他人の羞恥心を害すること等である。なお、参照 *Inst. 4, 4, 1; D. 47, 10*。従って、*„injuria verbalis”* (五章12) のように、名誉侵害的行為を指すことが明らかである時は「名誉毀損」と訳したが、*„injuria”, „injuria realis”* はたとひ「不法侵害」とした。

(24) *J. F. Niermeyer, Mediae latinitatis lexicon minus, 1976, p. 942 de „Si quis in concilio vel in quolibet conventu scandalum commiserit” (Edict. Rothari, c. 8) de „scandalum”* が、*„rix, combat, bataille”* を意味する用例として掲げているので本文のような訳とした。

(25) *D. 47, 20, 2 et 3* は、あらゆる欺罔行為を欺罔罪 (*stellionatus*) と名付け、特別刑によって処断しうるものとする。「犯罪名のない場合は『偽罔罪』として訴追することができる」と述べられていることから明らかなように、他の犯罪類型に包摂されない、欺罔行為を含むすべての当罰的行為が偽罔罪とされたわけである。ブルネマンのいう偽罔罪については、五章9参照。

(26) ブルネマンは特別刑について格別の説明を与えていないので、カルプツォフによる説明を次に掲げておく。

「判決に際して裁判官は、正規刑、即ち法律に定められた刑に従うべきこと、理由なく裁量によってこれを変更することの許されないことは確立した法である。正規刑が欠ける場合にのみ、特別刑もしくは裁量刑を科すことができる。即ち、しばしば法律に見られるように、法律自体が刑罰を定めることなく科刑を裁判官の裁量に委ねている場合、及び、行われた犯罪が特定の名称を有せず、かつ法律法令に明示的に規定されていない場合がそれである。

すべての犯罪の個々の形態を挙示し、刑を定めて表示することは不可能だからである。しかし、具体的に挙示されなかつ

た犯罪はそれをもつて処罰を免れることがあつてはならない。それ故、この種の犯罪は *stellionatus* という一般名によつて表示されるのである。即ち、犯罪名がない場合は、常に *stellionatus* としての訴追が行われる。これは、法律に基づく処罰ではなく、特別の懲罰を目的とするものであり、裁量刑による被告人の処罰を要求する」(Carpov, op. cit., q. 133, n. 1, 2, 3)。なお、慣習上確立した刑罰も正規刑とされることにつき、op. cit., q. 132, n. 6。

- (27) カルプツォフによれば、特別刑として科しうるのは、身体刑としての笞刑、断手刑、民事刑としての追放刑、拘禁刑、罰金刑であつて、死刑は除かれる (Carpov, op. cit., q. 133, n. 16, 25)。フルネマンが「類似の刑罰」としているのは、カルプツォフとは異なり、身体刑を除外する趣旨であらうか。

- (28) Vgl. Stintzing-Landsberg, aaO, S. 557.

- (29) Vgl. Stintzing-Landsberg, aaO, S. 727.

- (30) Mattias Stephani, *Caroli Quinti constitutiones publicorum judiciorum*, 1626. Vgl. Hall, aaO, S. XVI.

- (31) ローマ法上の偽罪については、D. 48, 10. 裁判上の証拠に関連する犯罪、文書犯罪、通貨偽造、度量衡器の偽造等を含む。フルネマンは五章 10 において、偽罪として度量衡器の偽造に触れている。

- (32) フルネマンは、帝政期を念頭においている。参照、船田「ローマ法」第一巻(一九六八年)四〇六、七頁。

- (33) 八章四節 2 は、「法有識者団、即ち、法学部、判決人団 (*scabinatus*)、ランデスヘル」とする。

- (34) X. 2. 1. 10 は、俗人が現行犯逮捕された聖職者を処罰しうるかという照会に対して、「職階を問わず、聖職者が窃盜、殺人、偽誓又はその他の魂の死に至る罪を犯す際に適法に逮捕され、かつ有罪を証明された場合は、教会裁判官によつて聖職者としての地位を奪われるべきである」とする。この規定は、聖職者身分の剝奪によつて世俗法に基づく重罰を可能にすることを目的とした。Cf. F. Hélie, *Traité de l'instruction criminelle*, 2. ed., 1866, t. 1, p. 233ff.

「しかし、聖職者が世俗の裁判官の許で、犯罪につき有罪を証明され、又は自白した場合、そのことをもつて司教によつて有責判決を下されるべきではない。なぜならば、世俗の裁判官によつて下された判決も、その面前でなされた自白も、〔聖職者を〕拘束しなからである」(X. 2. 1. 4)。

X. 2. 1. 17 は、「十分な裁判が行われなつたために (pro defectu iustitiae) 聖職者が世俗の裁判官の許に引き出される——私(イノケンティウス三世)はこれを絶対に禁ずる——ことのないよう、聖職者に対する俗人の訴えの中にしばしば見られるごとく、上訴が不当なものであつても、聖職者を訴える俗人に対して十分なる裁判を行う」べきことを命ずる。

「聖職者は」意に反して、また、その意思によって、世俗の裁判に服する旨の契約をなすことができない。それは、放棄することのできる私の特権ではなく、むしろ、教会全体に公けのものとして与えられた特権であり、私人の契約によって廃棄しうるものではないからである」(X. 2. 2. 12)。

「私人は合意により、裁判権を行う者を定め、自己の裁判官を選ぶことができるが、聖職者は、それが教会人であり、かつ管区司教の同意がある時でなければ、自己の裁判官として同意することはできない」(X. 2. 2. 18)。

(35) Vgl. Abschied des Augsburger Reichstages § 20 (1555), abgedruckt in: K. Zeuner, *Quellensammlungen zur Geschichte der deutschen Reichsverfassung in Mittelalter und Neuzeit* 2. Teil, 1913, S. 345.

(36) C. 5. 7. 1 は結婚を強要するために自己の職権を利用した官吏がなおその職にある時は、その被害者は「その家族とともに、当該裁判官の裁判権に服することを拒否することができ」とする。

(37) C. 3. 15. 2 の末尾に付された新勅法抜萃引用文 (Authenticae) は、「[属州において刑民事の被告人となる者が]行為のなされた地において裁判を受けるべきことは確立した規則である」とする。なお、Authenticae については、佐々木有司「中世ローマ法学」(碧海・伊藤・村上編「法学史」(一九七六年)) 八九頁参照。

(38) これはいわゆる強盜騎士 (Raubritter) を対象としたものであり、都市等はランドスヘルの手をまつまでもなく、自ら手で貴族身分を有する者に対しても糾問手続を行ううことを規定したものと解される。

城砦を根拠地とし、特権を楯にとる強盜騎士は、中世以来しばしばラント平和令に登場し、その処罰が督促されている。例えば、一二世紀初頭のシュワーベンラント平和令九条は、平和令違反者の逃げこんだ城砦に対する被害者及び叫喚告知 (proclamation) を受けた者による包囲攻略、城砦が三昼夜で落ちない場合の太公又はグラーフによる援軍を定めている (Pax alamanica, in: MGH, *Constitutiones et acta publica imperatorum et regum*, tomus I, num. 430)。また、一五二二年フリードリヒ一世の発した帝国ラント平和令七条 (Constitutio de pace tenenda, in: MGH, *Constitut.* I, num. 140)、一八六年の放火犯鎮圧令一四条、一六条 (Constitutio contra incendiarios, in: MGH, *Constitut.* I, num. 318) 等も、しばしば城砦が犯罪の根拠地として利用され、貴族の特権が犯人捕縛の障礙となったことを示している。その一方で、例えば、放火犯鎮圧令一六条は、「放火犯人が追われている城砦へと逃亡し、城主が放火犯人の封主、封臣もしくは血族なる時は、城主は犯人を追手に引き渡すべきではなく、犯人が城砦から森又はその他安全と思われる場所へ逃亡することに助力すべきである」という規定さえ置いていた。

(39) これは、C. 4, 13, 5の末尾に、「一五八年一月の「フリートリヒの新勅令」として見い出される。勅令は、学徒とりわけ法学教授に対して皇帝の特別の庇護を与え、「いかなる行為に基づくにせよ、これらの者に対して訴訟を提起しようとする者は、学徒の選択に従い、朕がかかる訴訟に対する裁判権を付与した教師、教授又は都市の司教の許にこれを行わなければならない。これ以外の裁判官の許に訴訟を提起する者は、訴えが全く理由あるものである場合においても、敗訴するものとする」と言ひ。

(40) これは、勅令中の「他人の犯罪又は負債に基づき学徒に損害を与えてはならない」という部分を指す。

(41) Quator C. II q. 3 c. 78. フルネマンは記憶によって引用したらしく、趣旨は同じであっても、表現がかなり異なる。

„Quator modis humanum iudicium pervertitur: timore, dum metu potestatis alicuius veritatem loqui pertimescimus; cupiditate, dum premio animam alicuius corrumptimus; odio, dum contra quemlibet adversarium molimur; amore, dum amico vel propinquo prestare contendimus.”〔大意—人間の判断を狂わせる四つのものがある。恐怖—権力を怖れて真実を語らない。貪欲—贈物によって人の心を墮落させる。憎悪—敵の不利益を謀る。愛情—友人、肉親の利を謀る。〕

(42) D. 48, 19, 11, pr. テキストと同趣旨の文言が見える。

(43) これは献辞にも引かれたものであるが、ここでは最後のセンテンスは „sit pietas, sed non plus quam expedit parcens” となっている。これでは意味を成さないので、献辞中に引用された „sit pietas, sed non plus quam expedit parcens” の誤記と解する。

(44) ローマ法上、*iurisdictio delegata* と *iurisdictio mandata* の間には、前者の場合、裁判権を移譲された者による裁判に対して裁判権を移譲した者の許に上訴することができるという意味で新しい審級が創設されるのに対し、後者では上訴は委任者の裁判に対する上訴を受理すべきであった者の許になされる、という差異があった。Cf. A. Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, 1953, p. 524.

フルネマンの用語がこれを前提とするものであるか否かは明らかでないが、とりあえず „delegare” と „mandare” を本文のように訳し分けた。

(45) D. 1, 21, 1, pr. 「法律、元老院決議又は勅令により特に認められた権限を委任によって移転することはできない。ただし、裁判官としての権限に基づいて取得された権能はいずれもこれを委任することができ。従って、法律又は元老院決議(例

えば『姦通罪に関するユリフ法』等々)により刑事裁判を主宰する権限を与えられた裁判官がその裁判権を委任することは誤りである。」

D. 50, 17, 70. 「犯人を死刑又はその他の刑に処する権限を付与された者は、その権限を第三者に移譲することができない。」

(46) 独訳は「死刑事件」。Carpzov, op. cit., q. 102, n. 11 は、流血を伴う刑はすべて流血刑であるという見解に対して、死刑のみが流血刑と呼ばれるべきだと言っている。

(47) 講教授が使用されたラートフル校訂のレクラム版によれば、本条の独語テキストは次の通りである。 „welche personen von irer güter wegen die peinlich gericht zubesitzen schuldig sein, vund das selb auß schwacheyt vnd gebrechlicheyt ires leibs, vernunft, jugent, alter, oder anderer vngeschicklichkeyt halber nit besitzten noch verwesen mögen, so offt das not beschicht, Soll der, oder die selbigen ander tüglich personen, zubesetzung des peinlichen gerichts an ir statt ordnen vnd bestellen, mit wissen vund zulassen, desselben oberrichters.“

右のテキストは大略次のような訳が可能だと思われる。

「その所領のために刑事裁判所を設営すべき者が、心身の虚弱、若齢、老齢又はその他の障碍により、それを設営すること、主宰すること、もなしえざる場合、その必要ある時は、裁判権付与者の承認を得て、相応しき他の者を彼らに代りて刑事裁判所設営のための配置し、任命すべきものとする。」

特に、 „die peinlich gericht zubesitzen“ を「刑事裁判所の設営」と解した理由が二点ある。第一に、Kohler-Scheel, Die Carolina und ihre Vorgängerinnen, Bd. 1, 1900, S. 140 の語釈が、これを „Richter zum Gericht stellen“ と解している。第二に、A. Stölzel, Brandenburg-Preussens Rechtsverwaltung und Rechtsverfassung, Bd. 1, 1888, S. 25 は、裁判権者には「紛争を一定の方法により平和的に解決するための制度を―裁判手続料の徴収と引き代えに―設ける義務があった」「判決を行うのは、裁判官ではなく、彼が設置した裁判所即ち判決人 (Gerichtsbeisitzer) である。裁判官は、裁判所の構成員ではなく、その所有者 (Herr) であり、裁判所の上に立ち、これを主宰し、保護し、そして裁判所の判決の執行に配慮するものである」と述べている (vgl. H. A. Zachariae, Handbuch des deutschen Strafprocesses, Bd. 1, 1861, S. 120, 122)。なぜカロリーナにおける裁判官と判決人の関係について、同八一条を参照。

(48) C. 3, 24, 3, pr. は、元高官の刑事事件の審判を皇帝又は勅令により皇帝の権限を委託された者に留保する。

(49) D. 1, 21, 1, pr. は、刑事裁判権はそれを行使すべき者が不在の時にのみ委託することができるとする。

(50) D. 42, 1, 60 は、重篤な疾病により当事者が訴訟を進行しえない場合になされた判決は無効であり、重篤な疾病は訴訟手続の延期を要求するとする。

(51) X. 5, 17, 4, 法王アレキサンダー三世は、管区のキリスト教徒を掠奪し、殺害にさえ及ぶサラセン人に対する処置について指示を仰いだP地の大司教に対して、次のように回答している。「キリストを愛することにおいて最も優れた我が子にして英明なるシチリアの王ウィレルムスが、かかる蛮行の処罰を貴下及びその他の司教に委ねたところ、貴下が、かかる蛮行を行い捕縛されたるサラセン人に対していかなる処置をとるべきかについて、私の指示を求めたことは真に賢明である。貴下の請訓に対する私の回答は次の通りである。即ち、貴下の裁判権に服する者に対しては、貴下は罰金刑及び笞刑を科すことができる。ただし、笞刑は流血刑 (*vindicta sanguinis*) となることがあってはならないが故に、節度をもってこれを行うべきである。しかし、これ〔管区のキリスト教徒の犯行〕以外に、著しきサラセン人の蛮行が行われた時は、これは死刑又は四肢切断刑を受けるべきであるからして、刑の執行それ自体 (*vindicta ipsa exercenda*) は王権に留保すべきものとする。」

なお、カノン法上の流血刑について、Hélie, op. cit., p. 233, 242 は „Ecclesia enim gladium non habet nisi spiritualem qui non occidit sed vivificat” (Grat. decret., lib. VI, caus. 23, quaest. 2) を引いて「教会裁判官は死刑及び切断刑を科すことができなかったと言う。」

(52) グレゴリウス九世教令集第一巻第二八編には „licet” で始まる章は存在せず、テキストは „c. licet. VI. de officio Vicarii” の誤記か誤植である。注 (53) (54) (55) も同様である。

VI. 1, 13, 2 (第六書第一巻第二三編第二章) は、司教の職務の一般的委任は裁判権の行使をも含むが、非行の糾問、懲戒、処罰、又は特権、職務等の剝奪を行う権限は特別委任によるべし、としている。

(53) VI. 1, 17, 7 は、司教は教区のいずれの地においても「自ら又は第三者を介して」教会裁判所の管轄に属する事件を審問し、必要ならば、教会人を逮捕し、逮捕を命ずることができる、とする。

(54) VI. 3, 24, 3. 「世俗裁判権を有する司教又はその他の高位聖職者もしくは聖職者が、その裁判区内において殺人その他の犯罪が行われたために、その代理 (ballivus) 又はその他の者に、これにつき真実を糾問し、裁きを受けるべき者を発見す

べきことを命ずることは、代理又はその他の者が犯人に対して、正義の求めるところに従って、流血刑を行うに至った場合であっても、カノン法に反する (*irregularis*) と看做されるべきではない。なぜならば、確かに聖職者は流血刑事件の審問を行うことを許されていないのであるが、「この場合聖職者が」有しているのは世俗裁判権であるから、これを他の者に委託することによって、カノン法違反の虞れを除くべきであり、かつ除くことができるからである。」

(55) 注 (52) に挙げた VI. 1. 13. 2 を指す。

(56) Niermeyer, *Mediae latinitatis lexicon minus*, p. 86 以下, *barones: les grands, les patriciens d'une ville* など。ここでは単数であるが「都市貴族」とするのが文脈に相応しいと思われる。

(57) J. P. Kress, *Commentatio succincta in constitutionem criminalem Caroli V. Imperatoris*, 1730, *notae ad art. 2. § 6* は「今日、移譲の〔正当な〕理由が存在しない場合であっても、領主裁判権は売却し買入れることが、従って移譲することも可能である。…それ故〔刑事裁判令第二条に言う〕『その他の障碍』という文言にはいかなる理由が含まれるかを論ずることは無意味である」と言う。

テキストには現われていないが、裁判権が経済的取引の対象とされたことについては、Vgl. F. J. Kühns, *Geschichte der Gerichtsverfassung und des Prozesses in der Mark Brandenburg*, Bd. I, 1865, S. 284ff.; Stölzel, a.o., S. 27 ff.; E. Döhring, *Geschichte der deutschen Rechtspflege seit 1500*, 1953, S. 52 ff.

(58) X. 2. 2. 12. 本章は「一部を注 (34) に訳出したように、聖職者が世俗裁判権に服することを禁ずるものであって、テキストに言う、認諾による裁判権の延長それ自体をも禁じており、テキストとの関連が必ずしも明瞭でない。

(59) D. 48, 3, 6. 「イレノアルカが窃盗を逮捕したる場合は、その共犯につき尋問し、尋問の記録を封印の上、法務官による審問のために送付すべきものとする。」

D. 48, 16, 6, 3. 「書面により刑事訴追の意思を通告する者は、その主張を文書の提出によって裏付けなければならない。」

(60) 治安判事を意味する „*sempudoribus*” に由来する。

(61) D. 50, 4, 18, 7. 「イレノアルカとは、公けの秩序の維持と習俗の保全のために任命された官吏である。」 C. 10, 75, 1 は同語。

(62) テキストは „*actuarii, notarii, scribae, exceptores seu amanuenses*” であるが、訳し分けるところがでかきので、一括して「書記」とした。

- (63) X. 2. 19. 11 は、「正規の裁判にあらざる、特別の裁判にあらざる、裁判官は常に、裁判上の行爲をすべて記録せしむるに、可能ならざる官職にある者 (persona publica) もしくは能力ある二名の者を立会わせなければならぬ」と命ずる。
- (64) ブルネマンは、カンン法上の「要件を緩和せられた弾劾手続」としての *inquisitio cum promoyente* (Biener, aaO, S. 57ff., 81; A. Esmein, *Histoire de la procédure criminelle en France*, 1882, p. 76) を参照せよと述べている。なお、四章23に対する注を参照。

(以下次号)